

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA

Résurrection du Senatus-Consulte Velléien au Bas-Canada

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le Jeudi 30 Mai 1907, à 10 heures

PAR

Auguste **SENÉ**

Président : M. AMBROISE COLIN, professeur
Suffragants { *MM. PLANIOL, professeur*
TISSIER, professeur

PARIS (5^e)

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, Rue Soufflot et 12, Rue Toullier

1907

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA

Résurrection du Senatus-Consulte Velléien au Bas-Canada

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le Jeudi 30 Mai 1907, à 10 heures

PAR

Auguste SENÉ



Président : M. AMBROISE COLIN, professeur

*Suffragants { MM. PLANIOL, professeur
 TISSIER, professeur*

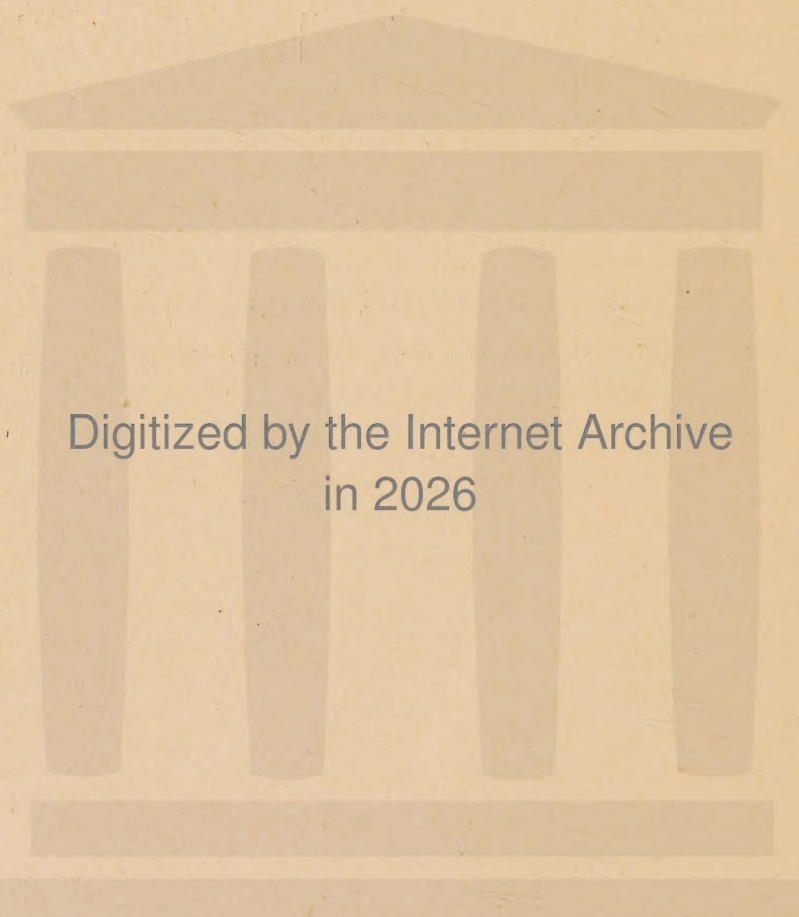
PARIS (5^e)

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, Rue Soufflot et 12, Rue Toullier

1907



Digitized by the Internet Archive
in 2026

BIBLIOGRAPHIE

AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français.

BARCLAY. — Emancipation contractuelle de la femme mariée en Angleterre. Bulletin de la Société de Législation comparée, juin 1883.

BEAUCHAMP. — Code civil de la Province de Québec.

— Revue légale, nouvelle série, tome II, Montréal, 1896.

BERTHEAU. — Thèse, Paris, 1902.

CARDENAS (don FRANCISCO de). — De los vicios è defectos mos notables de la legislacion civil de Espana. Madrid, 1852.

EISENHARDT. — Inst. juris German. privati.

FROLAND. — Le Sénatus-consulte velléien en Normandie.

GIDE. — Etude sur la condition privée de la femme.

JEANDET. — Thèse, Paris, 1886.

LACOSTE. — Revue de Législation canadienne.

LAREAU. — Histoire générale du droit canadien.

LAURENT. — Avant-projet de révision du code Civil.

LEMIEUX. — Origines du droit franco-canadien. Montréal, 1900.

LORANGER. — Thèse, Montréal, 1900.

LOUET. — Recueil d'Arrêts du Parlement de Paris.

MIGNAULT. — Droit civil canadien. Commentaire suivant les leçons de Mourlon.

PAGNUELO. — Revue « La Themis ». Montréal.

PLANIOL. — Traité élémentaire de droit civil.

ROGUIN. — Droit civil comparé.

THOMASIIUS. — De exiguo usu senatus-consulti velleiani in Germania. Halæ, 1707.

TROPLONG. — Droit civil expliqué.

VAREILLES et SOMMIÈRES. — Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois. Paris, 1899.

ABRÉVIATIONS

L. C. J. ou JJ.	Lower Canada Jurist.
L. C. R.	Lower Canada Reports.
L. N.	Legal News.
M. L. R. C. B. R.	Montreal Law Reports, Cour du Banc de la Reine.
M. L. R. C. S.	Montreal Law Reports, Cour Supé- rieure.
Q. B. R.	Queen's Bench Reports.
U. J. Q., C. S.	Rapports judiciaires de Québec, Cour Supérieure.
R. J. R.	Rapports Judiciaires Revisés (de Qué- bec).
Rapp. off., C. B. R.	Rapports officiels, Cour du Banc de la Reine en appel.
Rapp. off., C. S.	Rapports officiels, Cour Supérieure.
R. L. (N. S.)	Revue légale (nouvelle série).

DE LA
Résurrection du Sénatus-Consulte Velléien
Au Bas-Canada

INTRODUCTION

Dans la thèse que nous présentons, nous nous sommes proposé d'étudier une disposition du Code civil qui régit la province de Québec et qui fait l'objet de l'article 1301 de ce Code.

En vertu de cet article se trouve rétablie dans la législation canadienne une institution dont nous avons eu l'occasion de voir le fonctionnement au cours de nos études de droit romain. Nous voulons parler de l'incapacité velléienne, ou pour employer un langage plus explicite et présen-

tant plus de conformité avec les prescriptions de la loi canadienne, de l'impossibilité où se trouve la femme de s'engager pour son mari.

A grands traits nous avons esquissé l'image du sénatus-consulte velléien, tel qu'il se présente à nous dans le droit romain et dans l'ancien droit français.

Mais, en réalité, nous n'avons pas pu nous contenter d'un aperçu historique aussi restreint, et nous avons dû, d'une façon presque constante au cours de ce travail, établir un parallèle entre l'incapacité velléienne telle qu'elle fonctionne aujourd'hui au Bas-Canada et ce qu'elle fut à Rome, principalement à l'époque où les modifications qui y furent apportées par Justinien donnèrent à cette institution sa forme définitive et en fixèrent le type.

Cette comparaison entre le droit romain et la législation en vigueur dans la province de Québec ne constituera donc pas seulement qu'un chapitre de ce travail ; mais elle en sera comme la base et sera un des points sur lesquels nous aurons le plus insisté, croyant pouvoir donner ainsi une physionomie plus frappante de cette institution juridique étudiée dans des sphères si différentes et par le temps et par les mœurs.

Il nous a paru curieux d'étudier l'article 1301 du Code civil canadien parce qu'aujourd'hui nous ne trouvons à proprement parler dans aucune législation moderne de références directes à l'incapacité édictée par le sénatus-consulte velléien. Les législations, qui avaient adopté cette institution, l'ont, pour la plupart, depuis longtemps rayé de leurs codes. Si quelques-unes d'entre elles en ont maintenu l'usage, jusqu'à une époque dont nous sommes encore peu éloignés, l'on peut du moins dire qu'elles ont depuis unanimement suivi l'exemple qui leur fut donné dans la voie de l'abrogation.

Un point nous a paru présenter un intérêt particulier. Etant donné que des différences profondes existent entre les civilisations, romaine d'une part, canadienne d'autre part, quelles sont les nécessités sociales qui ont pu amener un législateur moderne à introduire dans un régime juridique, qui l'avait toujours ignoré, un principe dont on peut dire qu'il est suranné, par l'abandon complet qu'en ont fait presque toutes les législations contemporaines ?

Après avoir tenté — car nous n'avions aucun guide en cette matière — de dégager ces nécessités sociales, nous nous sommes attaché à chercher

par quelles voies le sénatus-consulte velléen a pu pénétrer dans la législation civile de la province de Québec, et à établir quelles furent les sources du droit en cette matière.

Nous nous sommes efforcé de fixer d'une façon aussi précise que possible la situation exacte qui est faite aux différentes personnes qui sont amenées à se trouver en contact avec le jeu de cette institution. Pour cela nous avons d'abord dû fixer la nature des contrats qu'une femme ne peut pas valablement passer, et indiquer au contraire ceux dont le libre exercice lui est reconnu ; puis étudier la sanction qui s'attache à la prohibition érigée par l'article 1301 ; notamment nous avons tenu à approfondir le caractère de la nullité qui frappe le contrat qui engage la femme pour son mari. Cette nullité était-elle d'ordre public, absolue ou seulement relative ? la conception jurisprudentielle et doctrinale existant au Bas-Canada était-elle exempte de toute critique ? Fallait-il, au contraire, souhaiter de voir une autre conception se substituer à la première ?

Enfin, nous avons examiné si c'est à juste titre que le Velléen a acquis droit de cité au Bas-Canada, ou si au contraire sa présence est préjudiciable à cette législation. Fallait-il souhaiter de voir se

continuer l'interdiction pour la femme du droit d'intercéder pour son mari ? devait-on espérer qu'une modification apportée à l'article 1301 en rendrait l'application possible ? Au contraire, l'incapacité velléienne considérée comme un nonsens en face du progrès juridique doit-elle à jamais disparaître des codes modernes ?

Sur tous ces points nous avons trouvé des documents, dont la consultation nous a été d'un grand profit pour la rédaction de cette thèse, dans un article paru dans une revue éditée dans la province de Québec, et qui a pour titre : *Des obligations de la femme mariée* (1). M. Beauchamp est l'auteur de cet article très érudit.

Il convient aussi de reconnaître que nous avons été beaucoup aidé par la lecture de l'œuvre magistrale de M. Paul Gide sur *La condition privée de la femme*. Grâce à cet éminent auteur notre tâche a été facilitée quand nous avons eu à passer en revue les différentes législations qui avaient admis l'incapacité velléienne et quand nous avons envisagé la question des renonciations au bénéfice du Velléen.

Si un mérite quelconque est reconnu à l'étude que nous présentons sur le sénatus-consulte Vel-

1. *Revue légale*. N. S., 1896.

léien au Bas-Canada, et à laquelle nous aurions voulu pouvoir consacrer des heures plus longues et un labeur plus efficace, pour notre part c'est aux deux érudits, M. Gide et M. Beauchamp, que vont notre reconnaissance et notre admiration.

LE VELLÉIEN. — APERÇU HISTORIQUE
SA PHYSIONOMIE A ROME
ET DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

C'est sous Claude, vers l'an 46 après Jésus-Christ et sur la proposition des consuls Marcus Silanus et Vellacus Tutor que l'on s'accorde à placer l'époque où fut rendu le sénatus-consulte Velléien. Il s'agissait, par cette disposition d'interdire aux femmes l'*intercessio* en faveur d'autrui.

Quant à l'*intercessio* c'est l'acte juridique par lequel une personne traitant avec un créancier prend à sa charge une obligation qui lui était primitivement étrangère, sans qu'il y ait là, pour elle, la satisfaction d'un intérêt.

Mais tout acte présentant ces caractères et étant comme tel une *intercessio* ne constitue pas nécessairement une *intercessio* prohibée. Ne tombent pas sous le coup de la prohibition : 1° l'*intercessio* dont la femme aurait retiré un prix ; 2° l'*intercessio* que motiverait un devoir pieux ou de famille, tel

que le fait de doter une fille, de défendre un mari malade ou absent ; 3° l'intercessio faite donandi animo ; 4° l'intercessio faite par la femme avec dol, ou faite avec un créancier mineur. Il est facile de s'expliquer pourquoi toutes ces intercessions ne sont pas prohibées en se souvenant que si le Velléen voulait empêcher la femme de participer aux affaires d'autrui, il prétendait seulement prévenir leur entraînement à prendre des engagements qu'elles espéraient ne pas devoir exiger d'elles le moindre déboursé.

Les motifs pour lesquels fut rendu le sénatus-consulte velléen font l'objet d'une controverse : pour certains commentateurs l'idée qui a inspiré le velléen c'est d'écarter la femme des *officia virilia* : en lui interdisant d'intercéder, on supprimait du même coup un grand nombre des occasions qu'elle avait de paraître en justice : cette théorie, soutenue par M. Gide, s'appuie sur les termes du sénatus-consulte tels qu'ils nous sont rapportés par Ulpien dans les *Pandectes*. D'autres auteurs ne contestent pas que l'on était exposé à craindre « l'accroissement du rôle social des femmes » par la suppression de la manus et de la tutelle des agnats ; mais s'ils admettent que ce soit là une raison de la restriction apportée à la

capacité de la femme, ils se refusent cependant à l'admettre comme seule : à côté de l'idée de défiance manifestée à l'égard de la femme, ils en font ressortir une autre qui, dans leur esprit, prendrait volontiers une place prépondérante en regard de la première : c'est l'idée de protection. Parmi les auteurs qui l'ont mise en avant il convient de citer M. Girard (1) et aussi M. Cuq (2). Cette dernière thèse s'appuie, elle aussi, sur des arguments de texte et elle a en sa faveur l'interprétation unanime des jurisconsultes (3).

Cette controverse ne nous retiendra pas longtemps, car ce n'est pas au point de vue du droit romain que nous nous sommes proposé d'étudier le sénatus-consulte Velléen ; quoi qu'il en soit, si nous avons à prendre parti dans la discussion sur les faits qui ont motivé l'incapacité velléienne, nous n'hésiterions pas à déclarer que nous considérons comme trop exclusive la théorie de M. Gide pour nous rattacher à l'opinion des auteurs précités.

Telle fut à Rome la physionomie du Velléen

1. Girard. *Manuel élémentaire du droit romain*, p. 766, n° 3.

2. Cuq. *Institutions juridiques des Romains*.

3. Ulpien. D. h. t., 2. 1; Marcien. D. 12.6. *De cond. ind.*, 40 pr).

jusqu'à ce que, partageant en cela le sort de bien d'autres institutions juridiques, il eut à subir de l'esprit réformateur de Justinien des modifications importantes. Justinien, établissant une distinction entre l'intercessio pour autrui et l'intercessio pour le mari, frappa toujours cette dernière de nullité absolue ; quant à l'intercessio pour autrui, elle dut être constatée dans un acte public signé de trois témoins : la nullité sanctionnait cette dernière prescription ; enfin quand il s'agissait d'une intercessio antérieurement prohibée, la femme pouvait renoncer à se prévaloir du bénéfice que lui offrait le sénatus-consulte velléen par la volonté sérieusement émise de s'obliger : cette volonté sérieuse se manifestait soit expressément par la déclaration dans un acte public que l'intercessio était faite contre un équivalent, soit tacitement par la confirmation, après un délai de deux ans, de l'intercessio.

Je passe sous silence, un cas très particulier de renonciation s'exerçant directement : celui où la femme veut obtenir la tutelle de ses enfants et petits-enfants.

Si nous suivons le Velléen à travers les âges nous constatons que peu d'institutions juridiques eurent une fortune aussi brillante par leur

longévité et le nombre de législations qui leur fit accueil.

En France, nous le trouvons jouant un rôle prépondérant dans les pays de droit coutumier comme dans ceux de droit écrit. Mais il est à remarquer que ce qui lui porta le coup fatal, ce fut la renaissance du droit romain. Le sénatus-consulte Velléien était passé en Gaule avant que d'être retouché par Justinien. L'évolution qu'avait subie cette institution, les transformations dont elle avait été l'objet ne furent connues en France qu'au ^{xiii}^e siècle : depuis longtemps déjà l'on avait constaté que le Velléien était une entrave aux relations sociales et ce fut avec empressement que l'on introduisit dans son application l'usage des clauses de renonciation, dont on devait d'être instruit, au développement récent de l'enseignement du droit romain.

L'emploi de ces clauses de renonciation fut si fréquent qu'elles devinrent de style dans la rédaction des actes notariés. C'était, dès lors, en fait, l'abolition de l'incapacité de la femme. Un édit d'Henri IV, rendu en 1606, vint donner à cette abolition une confirmation officielle, en interdisant aux notaires l'insertion des clauses

de renonciation et en donnant aux engagements contractés par les femmes la même validité que si la clause y avait été inscrite. Mais l'abrogation du Velléien ne fut parfaite qu'à la promulgation du Code civil, certaines provinces et notamment la Bretagne et la Normandie, ayant conservé jusque-là cette institution.

LE SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN AU BAS-CANADA

Après avoir fait à grands traits l'esquisse du Velléien sous sa forme originale d'abord, puis tel que nous le présente la réforme de Justinien, nous avons vu brièvement la carrière qu'il fournit dans l'ancien droit.

Cette institution, dont nous avons constaté la mort en France, comme aussi dans les autres législations qui l'avaient adoptée, nous la retrouvons existante au Bas-Canada.

Ce n'est pas par la force acquise des usages et de la tradition qu'elle doit d'y être en vigueur, mais bien par des textes législatifs d'origine récente.

Nous nous bornons pour le moment à faire remarquer combien il est curieux de constater

qu'un législateur moderne se croit cru, à tort ou à raison, dans l'obligation de faire revivre une disposition partout abandonnée. Nous reviendrons sur ce sujet, quand nous envisagerons les nécessités auxquelles ce législateur s'est cru obligé d'obéir, et ce ne sera pas le point de notre travail que nous aurons étudié avec le moins d'intérêt.

En 1841, et par le statut du Parlement du Canada, 4^e Victoria (ch. 30, section 36), nommé Ordonnance du Parlement, il fut établi que :

« Nulle femme mariée ne pourra se porter caution, ni encourir de responsabilité en aucune autre qualité, que comme commune en biens avec son mari, pour les dettes, obligations ou engagements contractés par le mari avant leur mariage ou pendant la durée du mariage et tous engagements et obligations contractés par une femme mariée en violation de cette disposition, seront absolument nuls et de nul effet. »

En 1866 cette loi fut reprise et remaniée dans les statuts refondus de la Province de Québec, chapitre 37, section 55 : « Et qu'il soit de plus ordonné et statué que depuis et après le jour auquel cette ordonnance aura force et effet il ne sera pas loisible à aucune femme mariée de devenir caution ou responsable, ou d'encourir aucune responsabilité quelconque, en aucune autre qualité, ou autre-

ment, que comme commune en biens avec son mari pour les dettes, engagements ou obligations qui pourront avoir été contractés ou faits en aucun temps pendant la durée de tout tel mariage : et tous cautionnements, contrats ou obligations, faits ou contractés par aucune femme mariée après le jour en dernier lieu mentionné, en contravention à cette disposition seront absolument nuls et inefficaces à toutes fins que de droit quelconques. »

Enfin après la codification des lois du Bas-Canada nous retrouvons dans le Code civil et sous l'article 1301 la même disposition, quoique sous une forme un peu différente :

« La femme ne peut s'obliger avec ou pour son mari, qu'en qualité de commune, toute obligation qu'elle contracte ainsi en autre qualité est nulle et sans effet. »

L'article 1301 ne s'applique qu'au Bas-Canada, c'est-à-dire à l'une des sept grandes provinces, connue actuellement sous le nom de Province de Québec, dont la Confédération constitue le Dominion of Canada.

Le Bas-Canada se distingue très fortement des autres provinces de la Confédération tant par la langue, que par les mœurs de ses habitants. Les

Bas-Canadiens sont d'origine française et représentent le premier élément colonisateur sur cette portion du territoire américain. Ils donnent tous leurs soins à ne pas se confondre à l'élément anglo-saxon et ont constamment lutté, moins pour leur indépendance au point de vue politique ou économique que contre l'assimilation à tout ce qui présente avec eux des différences au point de vue de la race, de la religion, de la langue. Enfin ils ont obtenu d'échapper, au moins pour partie, à la législation anglaise qui régit presque tout le Canada.

En effet les lois civiles qui régissent la Province de Québec ne sont autres que les dispositions de la Coutume de Paris telles que les enregistra en 1663 le Conseil Supérieur de Québec sur un édit de Louis XIV : « Avons en outre audit Conseil souverain donné et attribué, donnons et attribuons le pouvoir de connaître de toutes causes civiles (et criminelles) pour juger souverainement et en dernier ressort selon les lois et ordonnances de notre Royaume et y procéder autant qu'il se pourra en la forme et manière qui se pratique et se garde dans le ressort de notre Cour de Parlement de Paris. »

Dans la codification qui fut décidée par le Par-

lement en 1857, furent respectés l'esprit et souvent même la lettre, des dispositions de la Coutume de Paris. Les éléments qui lui sont étrangers et que nous trouvons dans le Code sont dus à l'initiative parlementaire canadienne et, parmi ceux-ci, l'article 1301.

DE L'INTERPRÉTATION QU'IL CONVIENT
DE DONNER AU MOT « S'OBLIGER » DE
L'ARTICLE 1301 DU CODE CIVIL CANA-
DIEN

Nous rappelons ici le texte de cet article :

« La femme ne peut s'obliger avec ou pour son mari, qu'en qualité de commune, toute obligation qu'elle contracte ainsi en une autre qualité est nulle et sans effet. »

En nous reportant à la disposition du Velléien, telle qu'elle est modifiée par Justinien nous trouvons donc une différence considérable avec la rédaction de l'article 1301 ; c'est qu'il ne s'agit plus ici de proscrire l'intercessio en faveur d'une personne quelconque, mais seulement l'intercessio en faveur du mari ; encore faut-il remarquer que cette intercessio n'est impossible qu'à la

femme mariée qui n'a pas la qualité de commune.

Nous voyons donc en principe que l'incapacité pour la femme de s'obliger est beaucoup plus étendue à Rome qu'elle ne l'est au Bas-Canada, puisque, dans ce dernier pays, la femme, qui n'est pas sous puissance de mari, est complètement libre de contracter une obligation quelle qu'elle soit.

La lecture de l'article 1301 du Code civil canadien pourrait faire croire qu'il existe une autre différence très importante entre le droit Canadien et le droit Romain : le texte latin du sénatus-consulte Velléien, en une langue très précise, parle d'*intercessio* ; par là même on voit que l'incapacité de la femme se limite au contrat très spécial de cautionnement. Le Code civil de la Province de Québec s'exprime d'une façon beaucoup plus large ; il déclare que « la femme ne peut s'obliger avec ou pour son mari ».

Si nous nous en tenons à la lettre du texte de l'article 1301, nous sommes autorisé à en conclure que chaque fois qu'il adviendra à une femme mariée de contracter un engagement vis-à-vis d'un créancier, par un même acte que son mari, elle sera autorisée à invoquer l'incapacité velléienne.

Mais nous ne pensons pas qu'il convienne de donner à l'article 1301 une interprétation aussi large que celle que l'on serait tenté de lui appliquer à la seule lecture du texte. L'article 1301 constitue une dérogation au droit commun du Bas-Canada ; comme tel il faut l'interpréter d'une façon stricte. D'ailleurs il est facile d'établir quelle fut la volonté du législateur, en l'inscrivant à son programme. Relisons l'ordonnance de 1841 par laquelle fut prohibée l'intercessio en faveur du mari : « Nulle femme mariée, dit-elle, ne pourra se porter caution... pour les dettes, obligations ou engagements contractés par le mari... et tous engagements et obligations contractés par une femme mariée, en violation de cette disposition seront absolument nuls et de nul effet. » Voyons aussi en quels termes s'expriment à ce sujet les statuts refondus de la Province de Québec : « Et qu'il soit de plus ordonné et statué, que depuis et après le jour auquel cette ordonnance aura force et effet, il ne sera pas loisible à aucune femme mariée de devenir caution ou responsable, ou d'encourir aucune autre responsabilité pour les dettes, engagements ou obligations qui pourront avoir été contractés ou faits en aucun temps pendant la durée... » etc.

Ces deux textes sont très précis et portent tous deux expressément que ce que la femme ne peut faire pour son mari c'est se porter caution.

Nous avons donc, pour soutenir que l'article 1301 ne vise que le contrat de cautionnement, des arguments très probants basés les uns sur ce que des textes introduisant des exceptions au droit commun doivent être d'interprétation très stricte, les autres sur la foi due aux textes antérieurs à la codification de 1867.

Telle est d'ailleurs l'interprétation de la doctrine ; la jurisprudence canadienne s'est aussi constamment prononcée en faveur de cette théorie. Voici quelques-uns des exemples donnés par M. Beauchamp dans un article très remarquable qu'il a publié sous le titre : « Des Obligations de la Femme mariée », dans la *Revue Légale*, année 1896, nouvelle série :

1° Un mari et sa femme mariée sous le régime de la séparation de biens sont propriétaires d'un immeuble par indivis. Ils le vendent par un même acte à un tiers qui stipule la garantie. Le tiers acquéreur est évincé ; il exerce son recours en garantie contre la femme et contre le mari ; la femme peut-elle invoquer le bénéfice de l'article 1301 ? Peut-elle prétendre à n'être traitée que

comme commune en biens ? Il n'est pas possible de l'admettre. La femme a bien traité avec son mari par un même acte, mais elle a, avant tout, fait son affaire personnelle, elle n'a pas pris à sa charge une obligation qui lui était originairement étrangère, en un mot elle n'a pas cautionné. Nous ne sommes plus dans le cadre de l'intercessio;

2 Par un même acte, une femme séparée de biens et son mari font un emprunt d'argent. Cet argent est employé à l'amélioration d'un propre de la femme. Poursuivie, peut-elle dire que, s'étant obligée par un même acte que son mari, l'article 1301 lui est applicable ?

La négative n'est pas douteuse et nous nous contenterons de dire, comme pour le cas précédent, que la femme n'était pas étrangère à l'obligation, que d'ailleurs c'est à son profit seul que l'opération intervenue a tourné.

Il suffirait donc pour avoir un texte clair de remplacer le mot trop vaste de « s'obliger » par celui de cautionner. Chaque fois qu'il ne s'agit pas pour la femme d'un cautionnement, le contrat qu'il a passé est valide. Ainsi il lui est permis de donner, de vendre, de renoncer à ses privilège et hypothèque ; ce qui lui est interdit c'est de s'obliger à donner, de s'obliger à vendre ou à renoncer à ses privilège et hypothèque.

DES RAISONS POUR LESQUELLES IL EST
INTERDIT A LA FEMME MARIÉE DE CAU-
TIONNER SON MARI ET DES CONTRATS
QU'ELLE PEUT VALABLEMENT PASSER
EN FAVEUR DE SON MARI

Eh ! quoi, n'est-il pas beaucoup plus grave de donner que de s'obliger à donner ; la fortune d'une femme n'est-elle pas plus fortement compromise quand elle a vendu ses biens ou renoncé à ses privilège et hypothèque que si elle n'a fait que s'obliger à passer une vente ou à consentir une renonciation ! Non, il n'est pas moins compromettant de s'obliger à donner que de donner ; dans les deux cas la situation est la même et aussi définitive ; il n'est pas plus de remède à la situation d'une personne qui s'est seulement obligée à donner qu'à celle d'une personne qui a donné. S'il est une différence, elle n'est qu'apparente ; le fait que dans l'une des situations l'on trouve une modalité n'empêche pas l'identité du résultat, à savoir : le dépouillement, tôt ou tard il est vrai, de l'aliénateur ou de l'obligé.

Et c'est justement parce que l'on a craint que cette apparence ne masquât à la femme mariée la

fin véritable de la promesse consentie, que le législateur lui a réservé une porte de sortie pour le moment venu d'exécuter son obligation.

Selon le législateur Canadien permettre à une femme mariée de donner est sans inconvénients, car en présence d'un acte à passer et devant produire des effets immédiats, elle en aperçoit toutes les conséquences ; permettre à cette même femme de s'obliger à donner, c'est l'exposer à mettre ses biens en péril ; elle s'obligera à donner plus facilement qu'elle ne donnera ; car elle ne percevra pas avec autant de netteté les inconvénients d'un acte dont les effets se produiront dans un temps incertain que ceux d'un acte exécutoire sur le champ ; en outre quand l'exécution d'un acte est soumise à la réalisation d'une condition — ici le non-paiement par le débiteur principal — il est possible que la femme mariée donne à la légère sa signature, en spéculant d'une façon peu heureuse et peu approfondie sur la non réalisation de cette condition.

C'est sur ces données que se sont appuyés les rédacteurs tant des ordonnances de 1841 et de 1866 que de l'article 1301 ; ils ont en cela adopté les justifications que donnèrent du Velléen ses commentateurs du droit romain.

Facilius se obligat mulier quam alicui donat était en droit romain la formule consacrée pour expliquer pourquoi l'intercessio n'était pas permise à la femme.

Aux *Pandectes*, nous trouvons un rescrit d'Antonin le Pieux dont la teneur est la suivante : « Le sénatus-consulte Velléien, à la vérité, prête son appui aux femmes qui ont contracté des obligations pour autrui ou se sont chargées d'obligations à l'insu de ceux qui contractaient avec elles ; mais si elles ont payé pour d'autres sans s'y être obligées il n'y a point d'intervention ni de répétition. »

Alexandre dit : « Si majeure de 25 ans, vous avez vendu vos propriétés et payé pour votre mari, vous ne pouvez invoquer le secours du sénatus-consulte. »

Les empereurs Philippe disent : « Il est constant en jurisprudence que même durant le mariage les droits d'hypothèque et de gage peuvent être remis au mari. »

La jurisprudence canadienne, s'est ralliée complètement aux avis des jurisconsultes romains et ses décisions sont autant d'applications des différentes citations que nous venons de faire. Les avis donnés par Antonin le Pieux, par Alexandre, par les empereurs Philippe ne seraient-ils d'ail-

leurs pas parvenus jusqu'à nous, qu'il eût été aisé pour les tribunaux et les cours canadiens de tirer du texte du sénatus-consulte velléien les conséquences logiques qui en découlent :

La Cour d'appel a décidé en 1862 dans l'affaire Dame Baudria et vir contre Mc Lean (1) qu'une femme peut valablement renoncer à l'hypothèque légale qui lui appartient sur les biens de son mari. M. le juge Meredith fit en rendant son jugement les observations suivantes : « Pour moi l'intention du législateur est aussi raisonnable que possible. Nous connaissons tous les dangers du contrat de cautionnement. La femme que l'on sollicite de devenir la caution de son mari est placée dans une situation particulièrement délicate. Comment peut-elle mettre en doute l'honnêteté de son mari... Il n'y a pas de doute qu'il y ait quelques femmes, sinon beaucoup, qui auraient assez de bon sens pour refuser d'aliéner leurs biens propres et qui cependant seraient amenées à se porter caution des dettes de leurs maris... L'objet de l'ordonnance me paraît avoir été de mettre en garde les femmes mariées contre le danger que je viens de signaler... »

1. G. L. C. J., 65.

En 1854 dans l'affaire *Armstrong contre Balston et Dufresne*, M. le juge Smith (1) valide la renonciation de la femme à l'exercice de ses droits et reprises. Il n'y a pas là de cautionnement.

M. le juge Jetté dans l'affaire de *Hogue contre Cousineau et la Société de Construction de Montarville* décide (2) que la femme est capable de tout acte du moment où il n'y a de sa part aucune obligation à l'égard d'une dette de son mari. « La femme peut payer pour son mari, car ce n'est pas là s'obliger pour lui puisqu'elle ne contracte en ce cas aucune obligation. De même une femme mariée peut renoncer à son hypothèque légale sur les biens de son mari en faveur d'un créancier de ce dernier, en faisant cette renonciation elle ne s'oblige point, elle aliène. »

M. le juge Dorion, de la Cour d'appel, émit un avis semblable dans l'affaire de la *Banque de Toronto contre Perkins* (3). « Mon opinion est qu'une femme mariée, séparée de biens, peut céder à un créancier de son mari son droit de priorité pour les reprises qu'elle peut exercer sur les biens de

1. Q. L. C. J. 16.

2. 1879. II. L. N. 308 ; 23. L. C. J. 276.

3. 1881. I. Q. B. R., 357.

son mari. Il n'y a pas là, de la part de la femme, un engagement contracté pour garantir la dette du mari, engagement qui tomberait sous la prohibition de l'article 1301 du Code civil canadien. Rien dans la loi ne peut l'empêcher de payer les dettes de son mari et de disposer de ses biens pour arriver à ce résultat. Dans le cas présent elle a fait simplement l'abandon d'un droit de préférence, qui lui appartenait et ce n'est pas là un acte prohibé par la loi. »

M. le juge Torrance dans l'affaire Gorrie contre O'Golvie et Alias (1) a validé une cession de créance faite par une femme séparée de biens à un créancier de son mari en paiement d'une dette de ce dernier. Ce jugement fut attaqué. Mais il fut confirmé et voici en quels termes s'explique M. le juge Johnson qui rendit l'arrêt (2) : « Je veux maintenant aborder le point de droit. Il a été suffisamment discuté précédemment et établi qu'un paiement fait par la femme mariée est parfaitement conforme à la loi. Soit que nous nous en tenions au texte étroit du Code ou de l'Ordonnance 4^e Victoria (ch. 30, section 36) qui reproduit ce texte,

1. 1881. 4. L. N., 228.

2. 1882. 5. L. N. 261.

ou soit que nous remontions à la source de cette disposition (le sénatus-consulte Velléien) ou que nous nous en reportions à ce qui se passait en France ou dans certaines parties de la France postérieurement à l'édit de Henri IV en 1606, ou si, enfin, nous regardons les décisions les plus récentes intervenues dans notre pays, nous trouvons la démarcation bien nette entre ce que la femme peut faire et ce qui lui est interdit. Elle peut payer ; mais elle ne peut pas s'engager. Sûrement la femme était plus libre d'agir avant que parut l'ordonnance de 1841, car l'abrogation de l'édit de 1606, en France, la laissait sans aucune restriction. »

Non seulement les tribunaux et les cours du Canada ont presque tous partagé cette manière de voir ; mais le Conseil privé, autorité judiciaire suprême, dont le siège est en Angleterre, a lui-même adopté cette jurisprudence. Dans la cause Hamel contre Parent qui lui fut soumise, le Conseil Privé considéra comme valable la renonciation d'une femme à son hypothèque légale en faveur de son mari (1).

A noter cependant un jugement en sens con-

1. 1876. L. R., II. Appeal Case, 121.

traire : M. le juge Smith dans l'affaire Russel contre Fournier (1) invalida la renonciation de la femme à son hypothèque légale sur les biens de son mari, pour acquitter une dette de son mari. Mais ce jugement ne fit pas jurisprudence ; il nous paraît être seul de son espèce.

Dans une affaire Walker contre Crebassa (2) nous voyons la Cour de revision annuler la vente par la femme de son immeuble, pour obtenir la remise d'une dette de son mari. Mais il résulte des éléments de la cause que si la vente fut déclarée nulle ce ne fut pas par application de l'article 1301 du Code civil. La vente fut annulée parce que la Cour admit que l'obligation était sans cause ou reposait sur une fausse cause : l'acte de vente portait que le prix de la vente avait été payé à la femme, tandis qu'il fut établi à l'enquête qu'en fait rien n'avait été payé à la femme et que la vente n'avait été consentie que pour prix d'une remise de dette faite au mari.

Les extraits de jurisprudence que nous venons de donner nous montrent que des actes d'aliénation sont permis à la femme mariée. Le paiement

1. 3. *L. C. D.*, 324.

2. 1865. 14 *R. J. R.*

qu'elle fait de la dette de son mari est valablement fait ; mais cette solution ne peut pas s'appliquer d'une façon entière, car les tribunaux canadiens accordent à la femme un droit de répétition quand s'étant portée caution pour une dette de son mari elle acquitte son cautionnement. Ainsi une femme ne peut pas répéter l'argent qu'elle a versé à un créancier de son mari quand ce paiement n'est pas l'exécution d'un engagement précédemment pris ; au contraire l'action en répétition lui est ouverte quand le paiement est la suite d'une promesse.

C'est la solution qui fut donnée dans une affaire Buckley contre Brunelle (1). A retenir ces mots des conclusions présentées par M^e Rainville, avocat : « L'on dira, et c'est une objection qui peut paraître sérieuse à première vue : la loi ne défend à la femme que de cautionner son mari et non pas de payer pour lui. Oui, mais cela n'est vrai que lorsqu'elle paie sans s'être précédemment obligée. »

Cette façon de trancher la question nous paraîtrait au-dessus de toute critique si elle n'était trop radicale. Une distinction s'impose selon que la

1. 1873. 21. L. C. J., 133.

femme est ou non victime d'une erreur de droit. Incontestablement quand la femme mariée a cautionné son mari, elle fait, comme nous le verrons plus tard, un acte nul de droit : cet acte ne fait pas naître d'obligation, il n'est pas créateur d'une dette et la femme qui paie dans de telles conditions, paie l'indû. Telle était déjà la solution romaine : la femme ignorante de son bénéfice, jouissait de la condition indebiti, car par exception à la règle « *error juris semper nocet* », on excuse dans l'espèce, chez elle, l'erreur de droit.

Mais nous ne pouvons plus dire la même chose quand nous sommes en présence d'une femme qui a cautionné son mari connaissant la nullité dont est entaché son cautionnement. Que cette femme vienne à payer le créancier et qu'ensuite prise de remords elle invoque l'article 1301, nous sommes d'avis qu'il faudrait alors lui enrefuser le bénéfice.

Nous appuierons-nous sur sa mauvaise foi pour lui refuser ce bénéfice ? Oui ; mais nous sommes encore conduit à cette solution en considérant qu'elle connaissait l'existence d'un moyen de protection et qu'elle a payé ayant en mains les éléments suffisants pour peser d'une part les dangers d'un cautionnement, d'autre part les conséquences d'une aliénation.

De toutes ces observations il résulte que le cautionnement a paru au législateur canadien plus dangereux qu'aucun acte d'aliénation directe. Ce législateur est à l'heure actuelle seul à manifester ces craintes ; sont-elles légitimes ? C'est ce que nous verrons quand, ayant terminé l'étude du fonctionnement du sénatus-consulte Velléen au Bas-Canada, nous en ferons la critique.

Cependant nous observerons dès maintenant qu'il existe dans la législation actuellement en vigueur en France un cas qui offre des analogies avec celui que nous venons de présenter. C'est à un des principes fondamentaux existant en matière de donations entre vifs que nous faisons allusion : « Donner et retenir ne vaut. » Cette règle comporte plusieurs restrictions à la liberté d'action du donateur ; nous n'en retiendrons qu'une : l'impossibilité d'insérer dans une donation entre vifs une clause de révocation. Cette impossibilité de révoquer semble, à première vue, inscrite en faveur du donataire ; c'est au contraire dans l'intérêt du seul donateur, qu'elle l'est.

L'étude de l'histoire du droit français nous apprend que sous l'ancien régime, à une époque où l'on n'envisageait que l'éclat du nom et où on ne songeait qu'à assurer la conservation des

biens de famille, l'histoire du droit français nous apprend, disons-nous, qu'en privant le donateur de la faculté d'insérer une clause de révocation on l'obligeait à ouvrir les yeux et à voir qu'il se dépouillait lui et les siens « actuellement et irrévocablement ».

Etait donc en jeu à ce moment l'intérêt de la famille. Mais c'est un intérêt que l'on invoquerait à tort aujourd'hui ; on reste en présence de celui du donateur seulement.

Et c'est avec cette règle « donner et retenir ne vaut » que nous trouvons un point de ressemblance à l'incapacité de cautionner qui existe pour la femme mariée au Canada ; dans les deux situations nous voyons un législateur qui permet le plus sans autoriser le moins : si vous voulez donner, dit la loi française, donnez tout à fait sans esprit de retour ; si vous voulez venir en aide à votre mari, dit de son côté la loi canadienne, dépouillez-vous complètement, donnez, vendez, renoncez à vos droits.

Pas de moyen terme dans l'un ni l'autre cas. Mais dans tous deux des mesures extrêmes ; et il nous a paru curieux de constater que c'est à de telles mesures que l'on a dû recourir, dans des cas, certes bien différents, pour arriver dans ces deux

situations à un régime de protection pour le donateur d'une part, pour la femme mariée d'autre part.

Avant que d'ouvrir cette longue parenthèse nous étions arrivé à établir le sens exact de l'article 1301 du Code civil canadien et à faire le départ entre les actes qu'il est permis à la femme mariée canadienne de passer et ceux qui lui sont interdits.

D'après M. Loranger (1), la prohibition d'intercéder existerait d'ailleurs sous quelque régime matrimonial que ce soit : peu importe que la femme soit commune, séparée de biens ou que l'union soit soumise à un régime quelconque exclusif de communauté. Aucune distinction ne serait admise par l'article 1301. Voici ce que dit à ce sujet M. Loranger dans une thèse soutenue à Montréal en 1900 et reproduite dans la *Revue Légale* : « La femme ne peut s'obliger avec ou pour son mari qu'en qualité de commune, c'est-à-dire que la femme ne peut jamais s'obliger pour son mari ; cependant si elle le fait elle ne sera tenue de l'obligation qu'elle a contractée qu'en proportion de sa part dans la communauté. Dans le cas

1. *Revue Légale*, tome V. Nouvelle série.

d'exclusion de communauté ou de séparation, la femme ne pourra donc jamais s'obliger pour ou avec son mari qu'en qualité de commune et que sous le régime d'exclusion de communauté, tout aussi bien (que) sous la séparation de biens, jamais la femme n'acquerra la qualité de commune. »

Mais une opinion contraire est émise par M. Mignault (1). Cet auteur pose en principe que la nullité de l'article 1301 ne s'applique qu'à la femme non commune : « Enfin il ne faut pas oublier que la femme commune en biens peut s'obliger pour ou avec son mari ; mais n'étant obligée que comme commune elle ne le sera nullement si elle renonce à la communauté et ne devra que la moitié de la dette si elle accepte, pourvu que cette moitié ne dépasse pas son émolument. »

Enfin M. Beauchamp (2) dit : « nous verrons maintenant qu'il est (l'art. 1301) impraticable pour la femme séparée de biens qui s'oblige pour son mari. En effet, d'après cet article elle ne sera tenue de son obligation que comme commune en biens. Mais puisqu'elle est séparée de biens, il

1. Mignault. *Leçons de droit civil*.

2. Beauchamp. *Revue Légale*, N. S., 1896, p. 387.

n'y a entre elle et son mari aucune société. Comment donc pourra-t-elle être obligée vis-à-vis d'un tiers comme commune ? N'importe, la loi les condamne malgré eux à une communauté. Alors, comme cela est impossible la conséquence est que le mari sera condamné seul. Ainsi pour la femme en communauté, elle pourra, un jour, si elle accepte la communauté, être appelée à payer comme commune la moitié de l'obligation. Pour celle qui est séparée de biens, elle sera, dans tous les cas, toujours déchargée de cette dette. Voilà une distinction entre les femmes mariées que la loi n'a pas prévue et qui pourtant existe de fait sous l'opération de notre article. »

De même que la femme peut invoquer l'article 1301 sous quelque régime qu'elle soit mariée, de même elle est admise à réclamer le bénéfice de cette disposition « quelle que soit la nature de l'acte ou les moyens déguisés employés ». Cela est encore vrai qu'elle ait contracté « seule ou avec son mari », que son obligation soit conjointe ou solidaire. Il est toujours permis à la femme de prouver que son mari est le seul bénéficiaire de l'obligation consentie. Et une fois la preuve établie, il s'ensuivra la nullité absolue de l'intercescio. Et puisqu'il s'agit d'un acte fait en fraude de

la loi, il faut reconnaître en faveur de la femme l'admission de la preuve par témoins.

Dans l'affaire Mercille contre Fournier et vir (1), une femme mariée avait fait une reconnaissance de dette envers le demandeur ; elle fut admise à prouver par témoins qu'en réalité l'acte intervenu était en faveur de son mari dont elle n'était que la caution. M. le juge Smith déclara : « La prohibition dans ce cas repose entièrement sur l'idée d'ordre public. La loi déclare que tous les contrats par lesquels s'engage la femme, comme quand elle se porte caution de la dette de son mari, sont absolument nuls et sans effets ; par conséquent tout contrat qu'elle peut essayer de faire, bien que déguisé sous un autre nom et fait de telle façon qu'on puisse l'envisager comme concernant sa propre dette, constitue une fraude et une violation de la loi, et, à mon avis, on peut admettre la partie, plaidant l'existence d'une telle fraude, à en faire la preuve par témoins. » Portée en appel, cette décision fut confirmée par M. le juge Aylwin : « Cette loi est d'ordre public. Toute tentative d'évader une semblable loi est une fraude et ouvre la porte à la preuve orale pour l'établir, autrement

1. 1859. 4. L. C. J. Q ; Q. L. C. R. 200 ; 7. R. J. R.

il serait inutile pour le législateur de faire semblable loi, s'il suffisait pour l'éluder que la fraude fût couverte par un acte notarié. »

Dans l'affaire Martin contre Guyot et son mari (1) une femme commerçante séparée de biens avait, à l'occasion de son commerce, endossé un billet et l'avait cédé à un créancier de son mari. Son engagement fut annulé.

En 1888 la Cour Supérieure dans la cause Klock contre Chamberlain et alias (2) jugea que quand une vente faite, par une femme, séparée de biens, de son immeuble, à un créancier de son mari n'est en réalité qu'un transport, en garantie des dettes du mari, cette vente doit être déclarée nulle.

En 1889 la Cour d'appel annula l'obligation conjointe et solidaire du mari et de la femme pour une dette de communauté. Affaire dame Fecteau et son mari contre Jobidon (3). « Considérant qu'en vertu de l'article 1301 du Code civil la femme mariée ne peut être tenue des dettes qu'elle contracte avec son mari qu'en qualité de commune en biens et que sa présence au contrat n'ajoute

1. 1885. M. L. R., I. S. C. 181.

2. 11. L. N. 152.

3. 18. R. L. 95.

rien à l'obligation que le mari contracte pour la communauté. »

La Cour Supérieure décida, affaire Baxton contre Ross (1), qu'un créancier n'a pas de recours contre la femme, quand il a fait un prêt d'argent au mari qui lui remet un billet de sa femme qu'il signe pour validité ; à la condition toutefois qu'il soit établi que cet argent était à la connaissance du prêteur pour les affaires du mari.

Une seule décision existe en sens contraire : elle a été rendue en 1863 par la Cour Supérieure — affaire Fuchs contre Talbot et Larivière (2) — aux termes de cette décision une obligation consentie par une femme mariée, séparée de biens, pour une dette de son mari est nulle ; mais la preuve testimoniale n'est pas admise pour contredire l'écrit et établir que l'engagement était pour les affaires du mari, parce qu'il ressort de l'acte que la femme contractait pour elle-même. L'arrêt de la Cour ne tient compte que de la déclaration de volonté.

Commentant cet arrêt, et après avoir constaté qu'il resta isolé, M. Beauchamp (3) indique qu'il

1. 1890. Mathieu. J., 19. R. L. 654.

2. Taschereau J., 13 L. C. R. 494 ; Q. R. J. R. 133.

3. Beauchamp, R. L. 1896, p. 354.

y a lieu d'admettre la preuve testimoniale puisqu'il y a fraude à la loi. M. Beauchamp invoque les décisions de Dalloz, Larombière, Marcadé, Demolombe qui sont en ce sens et il ajoute : « L'on comprend que les parties intéressées n'ont pu se procurer une preuve écrite, puisque cet écrit aurait eu pour effet de détruire complètement ce qu'elles avaient en vue. Aussi la jurisprudence actuelle a-t-elle été unanime, à l'exception de ce dernier jugement, à admettre dans ces sortes d'obligations assumées par la femme mariée, la preuve par témoins sur le fait important et décisif de savoir si la femme s'obligeait pour ses propres affaires ou pour celles de son mari. »

EXTENSION DE LA PROHIBITION DE L'OBLIGATION CONTRACTÉE POUR LE MARI A L'OBLIGATION CONTRACTÉE AVEC LE MARI.

La femme ne peut donc s'obliger pour son mari. Mais l'article 1301 dit quelque chose de plus ; elle ne peut pas non plus s'obliger avec son mari ; ainsi une femme ne peut pas cautionner une tierce personne du moment où le cautionnement est fait avec le mari.

Dans le rapport sur l'article 1301, nous trouvons exprimé cet avis des codificateurs : « Les engagements qu'elle (la femme) contracte avec son mari ont été, dans notre article, assimilés à ceux qu'elle contracte directement pour lui, d'après une présomption admise par les tribunaux qui ont justement donné cette extension à la loi. »

La présomption admise par les tribunaux est devenue légale depuis la nouvelle codification ; et comme nous sommes en présence d'une présomption en vertu de laquelle un acte est annulé, nous sommes conduit à conclure qu'elle est irréfragable, c'est-à-dire qu'aucune preuve contraire ne peut être établie contre elle.

Les codificateurs se rapportaient, pour appuyer leur avis, à un arrêt de la Cour d'appel rendu en 1853 dans la cause Jodoin contre Dufresne (1) et qui annulait un cautionnement fait par une femme conjointement avec son mari en faveur d'un tiers ; cet arrêt déclarait prononcer l'annulation en vertu de l'ordonnance de la 4^e Victoria (ch. 3, section 36).

Est-il parfaitement exact, de la part des codificateurs, de dire que la Cour d'appel étendait un texte en assimilant les engagements que la femme

1. 3 L. C. R. 189.

contracte avec son mari à ceux qu'elle contracte directement pour lui ?

Peut-on, à bon droit, se demander comment les tribunaux ont, avant la codification d'où est sorti l'article 1301, et en se basant sur la seule ordonnance de la 4^e Victoria (ch. 3, section 36), annulé un cautionnement fait par une femme conjointement avec son mari ? Et faut-il, comme le fait M. Beauchamp, recourir pour justifier la jurisprudence canadienne à cette idée que la Cour d'appel a considéré l'ordonnance de la 4^e Victoria comme n'étant « rien autre chose que le rétablissement du sénatus-consulte Velléien » ?

La Cour d'appel dans la cause Jodoin contre Dufresne n'a pas été au delà des textes législatifs qu'elle invoquait pour rendre son arrêt, et elle n'avait pas besoin de les dépasser.

L'ordonnance de 1841, 4^e Victoria, dit que « nulle femme mariée ne pourra se porter caution... pour les dettes, obligations ou engagements, contractés par le mari.... » Il semble bien que les termes de cette prohibition soient suffisamment larges pour concerner les cautionnements avec le mari, aussi bien que ceux qui sont faits pour lui. Prenons un exemple : Primus cautionne un tiers. Nous voilà en présence d'une personne qui contracte un

engagement aux termes duquel il désintéressera le créancier au cas d'insolvabilité du débiteur principal. Prima, femme de Primus, par le même acte que son mari ou par un acte postérieur, cela importe peu, garantit l'engagement pris par Primus ; c'est bien là un cautionnement avec le mari, et la femme n'a pas fait autre chose que « se porter caution... pour un engagement contracté par le mari ».

Nous en concluons que les codificateurs auxquels la législation canadienne doit de posséder l'article 1301, ont eu le tort de prêter à la jurisprudence le rôle de créatrice de droit et de croire qu'ils innovaient en matière législative, en marchant à sa suite. La jurisprudence ne faisait qu'œuvre d'interprétation ; elle appliquait purement et simplement les dispositions de l'ordonnance de 1841.

Nous comprenons donc difficilement que certains jurisconsultes canadiens se soient étonnés de la sentence rendue par la Cour d'Appel et aient cherché à l'expliquer en disant que : « la Cour a considéré que cette ordonnance n'était rien autre chose que le rétablissement du sénatus-consulte Velléen », ajoutant en outre « que précisément sous Justinien, alors que l'intercessio pour autre

que le mari était permise, le Velléien défendait à la femme d'intervenir pour autrui avec son mari, présumant que dans ce cas elle le faisait pour ce dernier ».

Notre opinion, sur ce point, se trouve en partie justifiée par la lecture de l'arrêt Jodoin contre Dufresne et par une remarque faite par M. Mignault (1) :

« On a coutume de justifier cet arrêt en disant que toute obligation consentie par la femme avec son mari est présumée avoir été consentie par elle, plutôt pour garantir l'obligation de son mari que celle du tiers et c'est sur cette présomption que les codificateurs se sont basés pour donner ce qu'ils appellent une extension aux dispositions statutaires que j'ai citées. Mais la Cour d'appel n'a pas invoqué ce motif pas plus que ne l'avait fait la Cour Supérieure dont elle a confirmé le jugement et ce n'est là qu'un des arguments que — au dire de l'arrêtiste — l'intimée invoquait au soutien de l'arrêt de la Cour Supérieure. La Cour d'appel s'est contentée de dire que les faits de la cause constituaient une contravention à l'ordonnance. Quoi qu'il en soit on paraît avoir érigé cet arrêt

1. Mignault. *Leçons de Droit civil*, vol. 6, p. 186.

d'espèce en arrêt de principe, puisque nous voyons les codificateurs s'en autoriser pour donner une extension à cette loi et décréter que la femme ne peut s'obliger avec ou pour son mari qu'en qualité de commune et que toute obligation qu'elle contracte en une autre qualité est nulle et sans effet. »

En résumé, l'avis donné par M. Mignault sur ce point est que les codificateurs ont eu tort de donner à un seul arrêt l'importance qu'on ne peut accorder qu'à une jurisprudence fermement établie ; sa critique touche aussi le législateur de 1867 qui s'attire le reproche d'un examen trop superficiel de la cause Jodoin contre Dufresne et se voit faire grief de l'attribution à la Cour d'un argument qui ne fut jamais que dans la bouche d'une des parties.

Les faits sont donc remis au point par M. Mignault ; mais cet auteur ne va pas au delà et notamment il laisse sans explication cette phrase dont la paternité revient à la Cour d'appel et où il est dit que les faits de la cause constituent une contravention à l'ordonnance.

Nous avons estimé qu'il y avait là plus qu'une simple affirmation et nous pensons avoir suffisamment démontré plus haut, que les deux ordon-

nances inspiratrices de l'article 1301 interdisaient avec la même énergie que cet article lui-même le cautionnement de la femme avec son mari.

Au surplus, quel que soit le texte auquel nous accordions l'influence nécessaire à prohiber l'intercessio de la femme avec son mari, cette prohibition n'en existe pas moins et la femme qui cautionne avec son mari est présumée cautionner pour lui : « Nulle preuve n'est admise — aux termes de l'article 1240 — contre une présomption légale, lorsqu'à raison d'une telle présomption la loi annule certains actes ou refuse l'action en justice, à moins que la loi n'ait réservé la preuve contraire... etc ». Nulle réserve de la preuve contraire n'étant faite par la loi, il n'est donc pas permis de prouver qu'une femme qui a cautionné avec son mari ne l'a pas fait pour lui :

EST-IL POSSIBLE D'ADMETTRE LA VALIDITÉ DE L'ENGAGEMENT DE LA FEMME AVEC SON MARI, QUAND CET ENGAGEMENT EST CONTRACTÉ POUR LES PROPRES AFFAIRES DE LA FEMME ?

« Quoique l'article 1301 du Code civil semble prohiber toute obligation à la femme mariée avec

son mari autrement que comme commune, sans distinguer si c'est pour ses propres affaires ou pour celles du mari, néanmoins l'on ne saurait prétendre sans méconnaître l'esprit de la loi et sans blesser le droit naturel, qu'elle ne puisse le faire pour son propre bénéfice. Si, comme nous l'avons prétendu, le mot « s'obliger » ne s'étend qu'au cautionnement « avec ou pour son mari », il est bien évident que l'article 1301 du Code civil ne peut s'appliquer quand elle s'oblige pour son avantage. Car en contractant pour elle-même, la femme ne cautionne pas, puisqu'il est de l'essence du cautionnement qu'il y ait une obligation étrangère que la caution s'oblige à remplir à défaut du débiteur principal, tandis que dans ce cas elle contracte et s'oblige pour elle-même comme débiteur principal. Il faut interpréter l'article 1301 du Code civil dans le sens du sénatus-consulte Velléien d'où il vient. Or dans le droit romain il était unanimement admis que ce sénatus-consulte ne s'appliquait pas quand la femme intervenait pour ses propres intérêts (1). »

Telle était certes la théorie romaine. Et pour refuser à la femme la possibilité de se soustraire

1. Beauchamp. *Revue Légale*, N.S. 1896.

à l'exécution d'un engagement contracté pour ses propres affaires il ne suffit pas de dire que le bénéfice du Velléen lui est, dans ce cas, retiré; il faut affirmer que nous ne sommes pas en présence d'une intercessio au sens véritable du mot, et telle que l'entendait le sénatus-consulte; il manque ici un des éléments constitutifs de l'intercessio : le défaut d'intention spéculatrice.

Il entrerait aussi dans les vues du législateur canadien de permettre à la femme de s'obliger avec son mari pour ses propres affaires. Et certains commentateurs sacrifiant la lettre de l'article 1301, pour s'attacher trop exclusivement à son esprit, n'ont pas hésité à admettre qu'une femme ayant contracté une telle obligation, il était possible au demandeur de faire la preuve que l'opération avait tourné au bénéfice de cette femme.

Voici le cas tel qu'il s'est présenté : A. M. et C. D., son épouse, reconnurent devoir à G. C. et promirent de lui payer conjointement et solidairement la somme de £ 400.00 avec intérêt. Ces époux se sont mariés sous le régime de la communauté, mais l'épouse possède comme propre un immeuble qu'elle a hypothéqué par ledit acte d'obligation pour la sûreté du paiement de ladite somme et des intérêts.

M. Beauchamp estime qu'il est alors permis de prouver que la femme, qui s'est obligée conjointement avec son mari, l'a fait pour ses propres affaires à elle : « Car dans ce cas, l'article 1301 du Code civil, pas plus que le sénatus-consulte d'où il origine, n'a d'application. La femme n'a pas cautionné son mari, non plus un tiers avec lui; elle ne s'est pas rendue responsable pour personne autre que pour elle-même. Encore une fois c'est le mari, qui, dans ce cas, a cautionné sa femme. Pourquoi renverser le but de l'article 1301 qui est de protéger la femme mariée, et d'en faire pour elle une loi nuisible et dans bien des cas ruineuse. Que dis-je, la loi couvrirait une immoralité, non seulement comme nous l'avons démontré ci-dessus, en lui fournissant le moyen de s'enrichir au dépens d'autrui, moins encore en lui permettant de tromper son mari et même des tiers de bonne foi. La loi n'a pu avoir un pareil objet et ne peut conduire à de pareilles conséquences. »

La jurisprudence canadienne a toujours admis la preuve testimoniale du fait que l'obligation de la femme avec son mari était pour ses propres affaires, comme elle l'admettait pour établir que le mari seul en avait profité.

Une femme mariée séparée de biens — affaire Shearer contre Compain et Uxor (1) — avait signé un billet conjointement et solidairement avec son mari. La femme fut relevée de son obligation.

M. le juge Badgley observa « que le demandeur n'a pas prouvé que M^{me} Compain ait retiré quelque avantage des ouvrages qui ont été faits au Cosmopolitan Hôtel et qui forment la considération du billet promissoire ».

Il résulte de ces paroles que la preuve avait été admise, mais qu'elle n'avait pas établi qu'un bénéfice eût été retiré par la femme de son obligation. Dans le cas contraire elle n'en aurait pas été relevée.

La Cour d'appel condamna dans l'affaire Malhiot contre Brunelle (2) une femme signataire d'une obligation conjointe et solidaire avec son mari, parce que la preuve par témoins avait démontré qu'elle en avait profité. A cette occasion, M. le juge Monk déclara : « Rien dans la loi n'empêche une femme d'emprunter de l'argent ; la simple circonstance du mari, s'engageant avec

1 1860. 5. L. C. J., 47 ; 4 R. J. R., 16.

2. 1870, 15. L. C. J., 197.

sa femme, n'implique pas l'illégalité de l'affaire. La femme mariée ne peut pas devenir caution de son mari autrement que comme commune en biens, mais le mari peut s'engager avec sa femme quand il s'agit de sa dette à elle. Ainsi la question se bornait à savoir à qui, du mari ou de la femme, l'argent avait été avancé. »

Dans un autre cas (1) l'obligation personnelle de la femme autorisée de son mari fut annulée : « Considérant... qu'il n'est pas prouvé que la femme défenderesse a eu le bénéfice dudit prêt ; mais qu'au contraire il résulte de la preuve que le défendeur a employé l'argent prêté à ses propres affaires. »

M. le juge Johnson confirmant le jugement de M. le juge Gill (2) — affaire Chapdelaine contre Vallée — annulait un billet fait conjointement par le mari et la femme : « L'épouse, même séparée de biens, qui accepte de payer est présumée agir comme mandataire de son mari, à moins que le contraire ne soit prouvé. »

Enfin la Cour d'appel renversa le jugement rendu dans la cause de la Banque Nationale con-

1. Affaire Parizeau contre Trudeau, 1885. Mathieu, J. 8. R. L. 138.

2. 1887. M. L. R. III, S. C., 381.

tre la dame H. Ricard (1) ; ce jugement avait condamné une femme mariée à payer le billet qu'elle avait fait avec l'autorisation de son mari, mais pour le bénéfice de ce dernier : « Considérant que le fait seul que la défenderesse s'est obligée avec l'autorisation de son mari ne crée pas une présomption qu'elle ne s'est engagée que pour lui et non autrement ; que la femme séparée de biens pouvant s'obliger pour elle-même et même pour garantir la dette d'autrui, si elle y trouve un avantage il résulte que le billet qu'elle a signé avec l'autorisation de son mari au cours ordinaire de ses affaires et ensuite escompté et négocié par des tiers de bonne foi est valable ; autrement il faudrait dire que les banques ou autres institutions financières ne doivent en aucun cas faire des affaires avec une femme séparée de biens ; que c'est à la femme qui se prévaut de l'article 1301 à prouver le cas d'exception prévu par cet article et la connaissance que possédait celui envers lequel elle s'est obligée, de cette exception, lorsqu'il a avancé ses deniers. »

La Cour d'appel (2), avons-nous dit, renversa

1. 1092. C. S. II. Rapp. off., p. 152.

2. 1892, II. Rapp. off. C. B. R., p. 161.

ce jugement sur le principe que la nullité de l'article 1301 du Code civil est absolue et est opposable aux tiers, même de bonne foi. La Cour cassa le jugement parce que la preuve testimoniale avait révélé que le billet avait été souscrit pour le bénéfice du mari.

Le Conseil privé qui siège en Angleterre, dans une affaire analogue à toutes celles que nous venons de relever, déclara, lui aussi, la femme responsable de son obligation souscrite pour ses propres affaires.

Nous ne croyons pas que l'interprétation de M. Beauchamp, dont nous avons indiqué l'opinion avant de citer toute cette jurisprudence, soit admissible.

Nous avons vu plus haut qu'il existait, quand la femme a cautionné avec son mari, une présomption en vertu de laquelle cette femme était réputée avoir cautionné pour son mari ; nous avons vu également que nulle preuve n'était possible contre une présomption légale, lorsqu'à raison de telle présomption, la loi annule certains actes ou refuse l'action en justice.

Et l'on voudrait maintenant que cette présomption s'efface chaque fois que l'obligation aura été contractée pour les propres affaires de la femme !

Evidemment ce serait la solution souhaitable. Mais l'article 1301 ne permet pas que ce soit elle qui intervienne. Les termes dont il use sont extrêmement précis et limitatifs; ils ne permettent pas qu'une distinction soit établie sur le fait de savoir si les affaires personnelles de la femme sont ou non en jeu. Il faut et il suffit pour que l'obligation de la femme soit de nul effet qu'elle ait été contractée avec le mari. L'article 1301 ne nous permet pas de voir si la femme a bénéficié ou non de cette obligation.

Dans une consultation publiée en 1870 par M^e Mathieu, avocat, et se rapportant à un arrêt que nous avons précédemment cité, nous voyons affirmée cette idée que la preuve ne peut être établie du cautionnement fait par la femme et dans son propre intérêt, lorsqu'il l'a été avec le mari : « Serait-il, dans ce cas, permis de prouver que la femme, qui s'est obligée conjointement avec son mari, l'a fait pour ses propres affaires à elle ? Nous répondons : non ; vu que notre article 1301 prononce en ce cas la nullité et que nulle preuve n'est admise contre une présomption légale lorsqu'à raison de telle présomption la loi annule l'acte, ce qu'elle prononce dans le cas qui nous occupe. »

Non seulement cette affirmation de M^e Mathieu constitue un argument de grande valeur, mais encore celle-ci se trouve augmentée à nos yeux par l'inutilité que ce jurisconsulte trouve d'entourer son opinion d'un luxe de considérations destinées à l'appuyer. Il ne lui vient pas à l'esprit qu'il soit possible à une réfutation de prendre place en face de sa thèse, tellement il lui semble peu que les termes de l'article 1301 puissent prêter à controverse, dans l'explication de ce point de droit.

Beaucoup moins nette est dans cette question de la recevabilité de la preuve, l'opinion de M. Mignault ; il s'emb le même, à simplement parcourir son livre, (1) qu'il ait passé la question sous silence ; mais à lire entre les lignes on parvient à deviner la façon dont il trancherait la controverse s'il se prononçait. Dégagée, son opinion serait probablement celle que nous adoptons. Écoutons M. Mignault quand il vient, à propos de la cause Jodoin contre Dufresne, de nous montrer combien à tort les législateurs « ont érigé cet arrêt d'espèce en arrêt de principe » :

« Donc voilà qu'on proclame solennellement

1. Mignault. *Leçons de droit civil. Commentaire sur l'article 1301.*

le principe que la femme ne peut à peine de nullité s'obliger avec son mari qu'en qualité de commune. Mais ce principe n'est pas plutôt énoncé qu'on s'efforce de le restreindre dans les limites aussi étroites que possible. »

C'est suivant un principe que la femme ne peut s'obliger avec son mari ; « on s'efforce de le restreindre ». Dira-t-on que M. Mignault ne perçoit pas la violation de ce principe ? Certes il n'en juge pas les auteurs, mais il les dénonce ; quand on dénonce un fait, on est souvent peu éloigné de le réprover.

On nous objectera que la théorie que nous soutenons est fausse et que nous-même, dans notre définition, nous avons admis que, pour qu'il y ait *intercessio*, il faut l'absence de tout intérêt de la part de la personne qui intercède.

Nous répondrons que cela était indiscutablement vrai primitivement, mais que les codificateurs canadiens ont forcé par leur rédaction l'esprit du sénatus-consulte Velléien et ont étendu l'incapacité qu'il édictait au delà des limites où elle aurait dû rester circonscrite.

La jurisprudence canadienne a parfaitement compris le non-sens juridique que comportait l'article 1301, et elle s'est refusée d'une façon cons-

tante à donner aux termes de cet article la portée qu'ils devaient avoir.

Aussi elle a permis que la preuve soit faite devant les tribunaux, que le cautionnement s'est produit, l'intérêt seul de la femme étant en jeu. Mais ce faisant, la jurisprudence est tombée de Charybde en Scylla. Elle n'a pas voulu se faire complice d'une absurdité juridique ; mais elle s'est rendue coupable d'un mal plus grand en tirant d'un texte des conséquences qu'il n'est pas possible d'en déduire.

Assurément il entre dans le rôle de la jurisprudence d'interpréter les textes ; mais une interprétation doit se borner au seul fait de tirer d'un principe des conséquences qui en découlent naturellement, et il n'appartient ni aux Cours ni aux Tribunaux de créer du droit.

Un remède s'imposait nécessairement à la situation que la jurisprudence a estimé mauvaise, mais il ne devait pas être apporté par la jurisprudence. Il incombait au législateur seul de réparer le mal qu'il avait commis.

DU CARACTÈRE DE LA NULLITÉ DE L'ARTICLE 1301. — EST-ELLE D'ORDRE PUBLIC ?
— CONSIDÉRATIONS SUR L'ORDRE PUBLIC.

Nous laisserons de côté l'étude de la nullité dont nous avons considéré comme logique qu'elle fonctionnât à côté des deux autres, c'est-à-dire de la nullité atteignant l'obligation contractée avec le mari, mais pour les propres affaires de la femme, en admettant toutefois établie la preuve de ce dernier fait ; cette étude ne nous attirera pas d'abord parce qu'elle ne se rapporterait à aucune disposition en vigueur dans la législation que nous examinons et qu'elle ne présenterait aucun intérêt pratique actuel ; cette étude n'a enfin aucune chance d'en présenter dans l'avenir ; nos prévisions sur l'évolution juridique au Bas-Canada seraient sûrement déjouées si nous prédisions le retour à l'observation plus stricte d'un principe qui n'ira au contraire que se relâchant de ses rigueurs.

Notre examen portera donc sur le caractère de la nullité de l'article 1301 frappant :

1° Le cautionnement de la femme pour son mari ;

2° Le cautionnement de la femme avec son mari : ce deuxième cas comprenant aussi celui où la femme s'est obligée pour ses propres affaires, mais où la preuve de ce fait n'a pas pu être établie ou ne l'a été qu'insuffisamment.

Bien que nous ayons deux cas à envisager, il importe toutefois de faire remarquer que nous n'aurons pas à faire de chacun d'eux un examen individuel, qui doive nous mener à des résultats opposés ou seulement différents. Non ; il est au contraire acquis de façon certaine, que si la dualité existe quant à l'application de la nullité, cette nullité du moins est une, quant à son caractère.

Mais si un point est essentiellement sujet à discussion, c'est bien celui qui doit être traité maintenant. Il convient avant tout d'éclairer la situation. Pour cela nous allons dire succinctement quels sont les caractères qui sont reconnus à la nullité visée dans l'article 1301 par l'opinion juridique — tant jurisprudentielle que doctrinale — généralement reçue au Bas-Canada.

Il y est couramment admis :

1° Que cette nullité de l'article 1301 est d'ordre public ;

2° Que cette nullité est absolue.

D'après la jurisprudence canadienne la nullité de l'article 1301 est d'ordre public :

Ansi le juge Aylwin, dans l'affaire Mercille contre Fournier et vir (1), dit de la disposition de l'article 1301 qu'elle est : « une loi d'ordre public ; toute tentative d'évader une semblable loi est une fraude et ouvre la porte à la preuve orale ».

Dans l'affaire Rhéaume contre Caille et vir (2) M. le juge Johnson remarque : « Il a été dit que la défenderesse avait elle-même fait remarquer au prêteur que l'argent était pour elle ; mais ce fait est sans intérêt. Il n'y pas d'obligation naturelle, mais une fraude à la loi et à l'ordre public.

Les mêmes solutions intervinrent dans plusieurs affaires du même genre, dont certaines eurent un grand retentissement au Canada, notamment l'affaire de la Banque Nationale contre Guy et alias (3).

Voici comment la doctrine explique que la nullité de l'article 1301 est d'ordre public (4) : « La protection de l'article 1301 s'étend à la femme

1. 1859. 4. L. C. J. 51 ; L. C. R. 301 ; 3 R. J. R. 9.

2. 1878. I. L. N., 340.

3. 1891. M. L. R., 7 C. S., 144.

4. Beauchamp. *Revue légale*. N. S, 1899.

mariée non dans le but unique de lui conserver ses biens, mais avant tout parce qu'il serait contraire à la morale et au bon fonctionnement de l'ordre établi par la loi que le mari pût se servir de l'autorité que la loi lui accorde sur sa femme pour l'opprimer dans sa fortune et s'enrichir à ses dépens. Voilà l'idée qui domine dans cette loi. »

Nous n'essaierons pas de donner de l'ordre public une définition, assuré que nous sommes de faillir à une tâche où tant d'autres ont eux-mêmes manqué. Aucune définition suffisamment exacte n'a été, à notre connaissance, jusqu'ici apportée à ces deux grands mots, qui sont à l'article 6 de notre Code civil et que l'on retrouve dans l'article 14 du Code civil de la province de Québec.

Tous les auteurs qui ont tenté de faire comprendre ce qu'il fallait entendre par « Ordre Public » se sont heurtés à des difficultés sans nombre, que l'on devine à la longueur et, il faut bien le dire, au manque de netteté de leurs explications. Aubry et Rau, Laurent, Mourlon et bien d'autres commentateurs, dont les solutions juridiques sont ordinairement acceptées sans réserves, ont présenté sur ce point des théories qui ont été l'objet des critiques les plus vives.

Mais si la difficulté est excessive de définir « l'Ordre Public », elle devient insurmontable quand il s'agit de faire le départ entre les lois qui s'y rattachent et celles qu'il en faut rejeter.

Une solution nous paraît particulièrement séduisante, et ce mot ne dit peut-être pas assez notre pensée, car il nous a paru qu'on l'emploie volontiers dans le langage du droit pour qualifier une façon ingénieuse, élégante, mais peu satisfaisante au fond de sortir d'une situation inextricable, et admise seulement avec la valeur d'un pis-aller. C'est de la théorie, récemment mise en avant par M. de Vareilles-Sommières que nous voulons parler (1).

Pour cet auteur, définir l'ordre public n'est pas, en soi, une difficulté ; l'ordre public « c'est le bien public, le bien commun, l'intérêt général, l'intérêt de tout le peuple, l'intérêt social, autant d'expressions synonymes ». Mais ce qu'il est impossible d'indiquer c'est quelles sont parmi les lois celles qui sont d'ordre public et celles qui ne le sont pas.

« Ces deux espèces de lois ne peuvent être indi-

1. De Vareilles-Sommières : *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*. Paris, 1899.

quées pour cette bonne raison qu'elles n'existent pas et ne peuvent pas exister. L'impossibilité de les distinguer devrait à elle seule ouvrir les yeux des jurisconsultes et les avertir que la division est fausse, contre nature, contre la raison et qu'il faut la repousser. »

De là l'auteur conclut que toutes les lois sont d'ordre public car « par essence, par définition, la loi est faite en vue du bien commun, c'est-à-dire du bien de tous les membres de la communauté, c'est-à-dire de l'ordre public ». De ce principe absolu, il en découle un autre, l'impossibilité de déroger par des conventions particulières à une loi quelle qu'elle soit, puisqu'elles sont toutes d'ordre public :

« Déroger à une loi par des conventions particulières c'est, si on parle français, stipuler valablement des clauses contraires à la loi ; c'est établir un état de choses qu'elle défend ; c'est, en un mot, désobéir impunément à la loi. Nous nions absolument que cela soit possible et se produise... c'est pourtant ce que disent tous les auteurs, en enseignant que les particuliers peuvent déroger à une foule de lois. C'est ce qu'ils disent, mais empressons-nous d'ajouter que ce n'est pas ce qu'ils veulent dire... leur langage seul est anarchi-

que. Leur pensée ne l'est pas du tout et les solutions qu'ils présentent sous un si mauvais jour sont parfaitement correctes. C'est sur la manière de qualifier les faits qu'ils commettent une regrettable méprise. D'abord ce qu'ils regardent et présentent comme une dérogation à la loi, c'est la renonciation au droit que la loi nous donne. La loi veut que les sujets soient investis du droit qu'elle détermine, mais elle n'exige pas qu'ils le conservent malgré eux. Elle veut qu'ils aient ce droit s'ils n'y renoncent pas. Elle ne commande pas qu'ils l'aient même s'ils y renoncent et même après y avoir renoncé. Par conséquent, renoncer au droit c'est accomplir un acte permis par la loi (1). »

En dehors de cette argumentation, très serrée, M. Vareilles-Sommières invoque, à l'appui de sa thèse, les textes du *Digeste* qu'on reconnaît comme servant de fondement à notre article 6 : *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest*. C'est à tort, selon lui, que *Jus publicum* a été traduit par « droit public, ordre public », *publicum* est en opposition directe avec le mot *privatorum* qui vient immédiatement après lui et indique nette-

1. De Vareilles-Sommières, *op.*, *cit.*

ment qu'il s'agit du droit émanant des pouvoirs publics, par contraste avec la loi particulière que les parties se sont faites par leurs conventions.

Quoi qu'il en soit de l'avantage éventuel que tirerait un Code de la suppression des mots « Ordre Public » et de la clarté que gagnerait l'esprit juridique à se débarrasser de cette notion, la loi civile de la Province de Québec en fait mention à côté des bonnes mœurs, pour interdire que l'on déroge par des conventions aux lois qui l'intéresse.

Quant à la doctrine et à la jurisprudence elles sont profondément éprises de la théorie traditionnelle qui classe, comme faisant partie des lois d'ordre public :

1° Celles qui règlent l'état et la capacité des personnes ;

2° Celles qui organisent la propriété, et spécialement la propriété foncière.

3° Celles qui imposent aux parties des défenses ou des mesures dans l'intérêt des tiers.

Les partisans de cette théorie furent conduits à considérer l'article 1301 comme étant une disposition d'ordre public en se basant :

1° Sur ce que la capacité de la femme mariée s'y trouvait en jeu ;

2° Sur ce que l'inobservation de l'article 1301 pouvait apporter des modifications aux droits de propriété de la femme sur certains biens.

Nous avons vu tout à l'heure l'opinion affirmative de M. Beauchamp en ce qui concerne les rapports de l'ordre public avec l'article 1301 et qui peut être considérée comme l'opinion dominante : la conservation des biens de la femme mariée ne constitue pas le but unique de la protection de l'article 1301 ; il y a un intérêt plus considérable en jeu ; cet intérêt c'est celui qu'aurait la société à ce « qu'un mari ne put se servir de l'autorité que la loi lui accorde sur sa femme pour l'opprimer dans sa fortune et s'enrichir à ses dépens ». Etant donné que l'article 1301 est classé au Bas-Canada comme étant d'ordre public, l'intérêt principal qui ressort de cette considération est qu'il est impossible aux parties d'en modifier la disposition par des conventions particulières.

Il s'ensuit notamment pour l'opinion juridique, dans la Province de Québec qu'une femme mariée ne pourrait pas renoncer au bénéfice de l'article 1301. Il y a là, pour elle, un avantage, aux yeux de la loi canadienne, avantage dont il faut dire qu'il s'impose et ne s'offre pas seulement.

Nous admettons pour un instant que la néces-

sité fit au législateur, une loi de rétablir cette incapacité et nous acceptons la justification qu'il nous donne de sa résurrection : à savoir qu'il est plus dangereux pour une femme mariée de s'engager à accomplir une prestation que de l'exécuter sur-le-champ ; car dans ce dernier cas elle est mise en présence d'un fait dont les conséquences lui sont immédiatement perceptibles.

Mais si on considère que le fait d'une exécution immédiate comporte en soi un avertissement, sur quoi nous appuierons-nous pour ne pas présumer qu'une femme mariée s'est trouvée mise en garde et très suffisamment contre les dangers d'un cautionnement, une fois qu'elle a renoncé au bénéfice de l'article 1301 ?

Inscrire dans la loi une renonciation à un droit, c'est attirer tout spécialement l'attention de la personne intéressée sur le péril qu'il y a pour elle à la passation de l'acte par lequel elle va s'engager. Ainsi prévenue cette partie à l'acte n'a plus la faculté d'arguer de l'ignorance où elle était du péril qui la menaçait, car nul n'est censé ignorer la loi.

Mais ce principe n'est pas admis par tout le monde et bon nombre d'auteurs ont soutenu que, si la renonciation pouvait être admise parfois, il

ne fallait pas cependant prendre appui sur ces cas particuliers pour généraliser la solution. Il n'est pas mis en doute notamment que la femme ne peut plus opposer l'exception dont elle aurait pu se prévaloir lorsqu'elle a exécuté son intercessio et alors qu'elle avait connaissance de l'exception mise à sa portée.

Froland (1) exprime l'avis suivant : il critique la ratification par la femme, d'une obligation qu'elle a contractée ; il constate que le Parlement de Paris permit la renonciation même dans le cas de cautionnement pour le mari, mais que le Parlement de Rouen se refusait à donner une telle solution. Il justifie cette dernière façon de trancher la question : le contrat qui porte intercessio de la femme est un acte nul de plein droit, de sorte que quelque ratification que la femme en puisse faire, il demeure toujours au même état, *sive semel, sive multoties hujusmodi aliquid pro eadem re fiat* ; la ratification ne lui donne point de nouvelles forces, rien n'est capable d'effacer le vice qui s'y rencontre.

Les réflexions qu'on peut dire avoir été faites

1. Froland, *Du Sénatus-Consulte Velléien en Normandie*, p. 430.

par la femme sur son obligation avant qu'elle la ratifiât ne sauraient en changer la nature ; ce qui est radicalement nul et défectueux dans son principe ne peut sortir de son état ; on ne peut pas disconvenir que le cautionnement de la femme ne soit nul *initio inspecto* et, par conséquent, il est vrai de dire que la ratification qu'elle en fait ne peut le faire subsister.

M. Gide (1) est un des auteurs qui s'élève avec le plus d'énergie contre la faculté de renonciation ; « Es-il, en effet, des principes plus incontestables que ceux-ci ; nulle personne incapable ne peut, par sa propre volonté, s'attribuer une capacité que la loi lui dénie ; une loi qui intéresse l'ordre public et les bonnes mœurs est au-dessus de toutes conventions contraires. D'ailleurs, la prohibition du sénatus-consulte Velléien, en particulier, n'est-elle pas absolue ? Ne frappe-t-elle pas tout acte par lequel la femme chercherait indirectement à l'éluder. « *Omnia quæ in fraudem senatus-consulti excogitata probari possunt* » ? Et pourrait-on concevoir que le législateur, en empêchant la femme de se soustraire subrepticement à ses ordres, lui eût permis de s'en affranchir ouvertement et que,

1. Gide, *Condition privée de la femme*, p. 183.

détruisant lui-même son œuvre, il eût autorisé d'un côté ce qu'il défendait de l'autre? »

Malgré cette objection très forte nous estimons qu'il faut généraliser en cette matière et que la femme peut en toute circonstance renoncer efficacement au bénéfice du sénatus-consulte Velléien. La raison déterminante qui nous pousse à émettre cet avis réside dans ce que, pour nous, renoncer au droit que nous confère une loi n'est pas déroger à cette loi.

Nous avons été amené à cette conséquence par l'adoption des vues de M. Vareilles-Sommières sur l'ordre public, et que nous examinerons très prochainement.

Le droit romain avait, du reste, bien compris que tout le danger que comporte une intercessio se trouve écarté par l'intervention d'une renonciation. Mais il n'osa pas pousser ce principe jusque dans ses conséquences extrêmes. Et s'il admettait que la femme était ainsi suffisamment prémunie quand il s'agissait de cautionner un étranger, il n'admettait pas, en revanche, qu'elle fût protégée avec assez d'énergie contre l'influence maritale.

L'ancien droit français admit en cette matière les solutions que lui offrait le droit romain (1). Ces

1. Nous avons vu plus haut que l'ancien droit commun

solutions n'étaient pas exemptes de tout reproche, car elles ne constituaient que des demi-mesures. Ce qu'on avait admis au cas de cautionnement en faveur d'un tiers il fallait l'admettre aussi quand le cautionnement concernait le mari.

Pourquoi le droit romain avait-il admis la renonciation au bénéfice du sénatus-consulte Velléien, au cas du cautionnement pour un tiers ? C'est parce qu'il avait reconnu comme nous l'indiquions plus haut qu'une femme qui renonce à l'exercice du sénatus-consulte Velléien envisage par là-même toute l'étendue de l'acte qu'elle accomplit. Et si l'on nous objecte que la solution romaine s'imposait par la disproportion qui existe entre l'influence que peut avoir un étranger sur une femme et celle que peut exercer sur elle un mari, nous ferons remarquer qu'il ne s'agit pas ici de tenir compte de la différence évidente entre deux influences, mais de la constatation d'un fait : la constatation d'un état d'ignorance sur la gravité d'un acte, état qui devait nécessairement disparaître par une renonciation, que le débiteur principal fut le mari ou un tiers.

coutumier de France plus large en cela que le droit romain accordait la possibilité de renoncer même au cas de cautionnement en faveur du mari.

Cette façon de penser, d'ailleurs, nous paraît entièrement justifiée par l'analyse juridique de la renonciation. Nous savons de l'intercessio qu'elle est un contrat très particulier : d'une façon large c'est toute obligation contractée pour autrui ; envisagée au point de vue spécial qui nous occupe c'est un cautionnement, et c'est toujours là une obligation contractée pour autrui. Contracter une telle obligation est interdit à la femme.

Ou plutôt le fait de contracter une telle obligation fait naître un droit au profit de la femme : ce droit il réside dans la faculté pour elle de faire annuler son obligation. Nous assistons donc, par le fait que la femme a contracté, à la formation d'un droit positif (invocation possible de la nullité) en remplacement d'un droit négatif (prohibition du cautionnement).

Ce droit positif, nous admettons que la femme puisse l'aliéner en y renonçant. En l'acquérant elle avait augmenté son patrimoine ; ce patrimoine elle peut le diminuer par une aliénation car le sénatus-consulte Velléien n'a jamais visé l'impossibilité d'aliéner.

De ces considérations nous nous autorisons à conclure qu'il eût été logique de ne pas admettre au nombre des dispositions d'ordre public l'arti-

cle 1301 du Code civil canadien ; car le bien public, l'intérêt social n'avaient plus à craindre aucune lésion du moment où la femme manifestait par une renonciation et la connaissance qu'elle avait du danger éventuellement couru et sa volonté bien arrêtée de cautionner son mari.

Voilà le résultat auquel nous avons été amené tout en étant parti du même point que la jurisprudence et la doctrine canadiennes en matière d'ordre public.

Voyons maintenant quelles observations pourront nous être suggérées par l'adoption de la théorie de M. Vareilles-Sommières sur la même matière :

« Toutes les lois sont d'ordre public ; on ne peut déroger à aucune loi. » Nous savons déjà qu'il faut, par ce dernier membre de phrase, entendre qu'il est interdit d'établir un état de choses que la loi défend et que l'on ne peut « stipuler valablement des clauses contraires à la loi, ni lui désobéir impunément. »

Par exemple il serait dérogé à l'article 1301 si une stipulation adjointe au contrat de mariage reconnaissait à la femme le droit de cautionner son mari. Il y aurait là l'établissement d'un état de choses que la loi défend.

Mais, dira-t-on, quand la femme déclare renoncer au bénéfice de l'article 1301 ne crée-t-elle pas aussi un état de choses contraire à la loi qui déclare nul et de nul effet le cautionnement pour le mari ?

« Non, dit M. Vareilles-Sommières : la loi veut que les sujets soient investis du droit qu'elle détermine, mais elle ne veut pas qu'ils le conservent malgré eux. Elle veut qu'ils aient ce droit s'ils n'y renoncent pas. Elle ne commande pas qu'ils l'aient même s'ils y renoncent et même après y avoir renoncé. Par conséquent renoncer au droit c'est accomplir un acte permis par la loi. »

Mais, s'écrieront les adversaires de la théorie que nous exposons, quelle différence faites-vous entre la femme qui s'autorise par contrat de mariage à cautionner son mari et la femme qui au cours du mariage déclare renoncer à user du bénéfice de l'article 1301 ?

Dans un cas comme dans l'autre il y a une renonciation, et vous reconnaissez cependant à l'un le caractère d'une dérogation pour le dénier à l'autre !

Voici en réponse à cette objection la différence que nous croyons être autorisé à voir entre ces deux cas, grâce à l'interprétation que nous pensons pouvoir donner de la théorie de M. Vareilles-

Sommières : si la femme s'autorise à cautionner son mari, par une clause de son contrat de mariage, il y a là création d'un état de choses contraire à la loi, puisque la loi prohibe le cautionnement ; d'ailleurs au moment du contrat de mariage il n'y a pas encore de droit au bénéfice, né pour la femme, puisque nous avons admis plus haut que ce droit ne pouvait exister que du moment où il y avait cautionnement ; donc puisqu'il n'y a pas encore de droit au bénéfice qui soit né, il est impossible que la femme y renonce ; il n'est pas possible de renoncer à un droit dont on n'est pas investi.

Supposons, au contraire, que la femme cautionne et que par un acte contemporain de l'acte principal ou par un acte qui lui serait postérieur, il importe peu, elle renonce à invoquer la nullité de l'article 1301 ; dans ce nouveau cas, au contraire de ce qui a lieu précédemment, nous avons d'abord la création d'une obligation, puis, comme conséquence de celle-ci, l'investissement d'un droit.

Et nous croyons pouvoir dire par application de la théorie de M. Vareilles-Sommières que la femme mariée « accomplit un acte permis par la loi en renonçant à ce droit ».

En résumé, que l'on admette la théorie traditionnelle qui, parmi les lois, en range certaines comme étant d'ordre public pour exclure les autres, et la théorie nouvelle qui les considère comme toutes faites dans l'intérêt social, nous sommes amené à considérer que la femme devrait pouvoir renoncer au bénéfice de l'article 1301. Et cela, soit parce que la raison qui milite en faveur de la prohibition de l'intercessio ne résiste pas en présence de l'efficacité d'une renonciation, soit parce que renoncer à un droit créé par une loi n'est pas déroger à cette loi.

LA NULLITÉ DE L'ARTICLE 1301 EST-ELLE ABSOLUE

« Il n'y a pas de doute la nullité de l'article 1301 est radicale. L'obligation de la femme qui cautionne avec ou pour son mari est nulle dans son principe et ne peut produire d'effets. C'est un acte non existant (1). »

De cette opinion nous ne pouvons tirer qu'un enseignement certain, c'est que la nullité de l'ar-

1. Beauchamp, *Revue légale*. N. S., 1896.

ticle 1301 n'est pas relative. Mais la terminologie en est très confuse : la nullité y est considérée comme radicale, l'obligation comme nulle ; enfin l'acte comme inexistant. En nous attachant à la théorie française qui distingue la nullité absolue de l'inexistence, quel caractère précis reconnaitrons-nous à la nullité de l'article 1301 ; le cautionnement de la femme sera-t-il nul de plein droit ou lui refuserons-nous l'existence ?

Le cautionnement fait par la femme n'est pas inexistant, car n'est tel que l'acte « qui ne réunit pas les éléments de fait que suppose sa nature ou son objet et en l'absence desquels il est logiquement impossible de le concevoir (1). »

Pour qu'un acte soit inexistant il faut « qu'il lui manque un élément essentiel à sa formation et tel qu'on ne puisse pas concevoir l'acte en l'absence de cet élément » (2).

Dans un cautionnement, les éléments essentiels sont : 1° la volonté de cautionner ; 2° la préexistence d'une obligation contractée par un tiers ; 3° l'engagement pris d'exécuter cette obligation à défaut du débiteur principal.

1. Aubry et Rau, t. I, § 37, p. 118.

2. Planiol, t. I, p. 133 et suiv.

Le cautionnement ne sera inexistant que par l'absence de l'un des éléments essentiels à sa constitution. Au contraire quand ces éléments se trouveront réunis, nous aurons un cautionnement existant. Mais tout existant qu'il soit, il est destiné à rester sans efficacité, car telle a été la volonté du législateur, volonté qui s'affirme en termes énergiques et répétés : « La femme ne peut pas s'obliger avec ou pour son mari... toute obligation qu'elle contracte ainsi est nulle et sans effet. »

Les textes antérieurement en vigueur étaient aussi formels. Le statut du Parlement du Canada de 1841, connu sous le nom d'ordonnance de l'Enregistrement prévoit : « que les engagements et obligations contractés par une femme mariée, en violation de ces dispositions seront absolument nuls et de nul effet ».

La revision statutaire de 1866 porte que « tous contrats ou obligations, faits ou contractés par aucune femme mariée, en contravention à cette disposition seront absolument nuls et inefficaces à toutes fins que de droit quelconques ».

L'emploi de ces termes nous indique suffisamment que nous sommes en présence d'un acte nul de plein droit. Nous en concluons que le

cautionnement de la femme, s'il n'est pas inexistant, du moins ne possède d'existence que pendant un instant de raison, car la nullité qui le frappe agit sur lui de façon immédiate ; la femme qui s'est ainsi engagée pour son mari peut disposer de ses biens avec la même liberté que si elle n'avait rien conclu ; elle pourrait notamment faire au profit de son mari ou d'un tiers une donation des mêmes biens que ceux qu'elle aurait rendus indisponibles ou cru rendre tels, l'instant d'auparavant.

Ce cautionnement, nul de plein droit, serait frappé d'une nullité absolue. Non seulement la femme pourrait invoquer la nullité qui lui est une protection, mais encore toutes les personnes y ayant un intérêt né et actuel pourraient invoquer cette nullité : « L'acte est nul pour tout le monde parce que sa nullité est fondée sur une considération d'intérêt général (1). »

Aucune action n'a besoin d'être intentée pour établir la nullité du cautionnement. Il y aurait un pléonasme juridique à faire prononcer par le juge une sanction qui se trouve édictée dans la loi : « La nullité n'a pas besoin d'être demandée dans

1. Planiol, t. I, p. 130.

les conclusions de l'action. Une fois établie, la Cour doit, d'elle-même, déclarer l'acte nul. En renversant le jugement de la Cour Supérieure le juge Johnson dit : Quant, à la nécessité de demander la nullité d'un contrat nul par lui-même, rien de pareil n'existe.

« Dans un tel cas il n'y a pas même d'obligation naturelle contractée par la femme (1) ».

La confirmation d'un des intéressés ne peut pas donner à l'acte une efficacité qu'il a perdue en naissant : « Aucun des intéressés ne peut priver les autres, par sa seule volonté, du droit que ceux-ci ont, comme lui (2). » Enfin aucun laps de temps n'est capable de donner à l'acte nul de droit une validité qu'il n'a jamais eue : *Quod nullum est, nullo lapsu temporis convallescere potest.*

Voilà les solutions que la rédaction tant de l'article 1301 que des textes antérieurs imposait à la jurisprudence et à la doctrine.

1. Beauchamps. *Revue légale*, 1896.

2. Planiol, t. II p. 130.

INCONVÉNIENTS QUI RÉSULTENT DU
CARACTÈRE ABSOLU DE LA NUL-
LITÉ DE L'ARTICLE 1301 ET CRI-
TIQUES QUI PEUVENT LUI ÊTRE
ADRESSÉES

Toutefois la portée des textes législatifs n'a pas été sans encourir des observations de la part de certains jurisconsultes canadiens.

Un arrêt — *Globensky contre Boucher* (1) — où il est jugé que la nullité de l'article 1301 est absolue et même d'ordre public, et partant peut être opposée par le tiers détenteur d'un immeuble que la femme a hypothéqué au mépris de cet article, provoque les récriminations de M. Mignault : « N'est-ce pas aller un peu loin ? il est vrai, que l'ordonnance disait que les engagements contractés par la femme pour son mari sont absolument nuls et de nul effet. Mais je doute que le législateur de 1841 se soit rendu bien compte de la distinction entre la nullité radicale ou absolue, ou la nullité relative, distinction qui n'était encore qu'ébauchée en France à cette date. On peut ajouter que le but de

1. R. J. Q. 10 B. R. 231.

la loi, c'est de protéger la femme contre les obsessions de son mari. Or, n'est-ce pas le caractère des lois protectrices de n'ouvrir en faveur de la personne protégée qu'une action en nullité et non pas de prononcer, même en faveur des tiers, une nullité radicale ? Ce principe régit la rescision des actes du mineur et même de l'interdit. Ce sont là des raisons de douter que j'énonce, car je reconnais que la Cour d'appel a admis sans restriction le système de la nullité absolue (1). »

Quelques arrêts avaient essayé de lutter contre le caractère absolu de cette nullité : un d'entre eux avait voulu écarter cette conséquence que la nullité étant absolue, elle pouvait être invoquée par toute personne ayant un intérêt né et actuel à s'en prévaloir. « Considérant que le demandeur excipe du droit d'autrui en plaissant que ladite dame M. P. G. ne pouvait pas s'obliger pour son mari ; que l'exception tirée de l'article 1301 du Code civil ne peut être invoquée que par la femme elle-même et ses créanciers lorsque l'obligation qu'elle a contractée leur porte préjudice. »

D'autres arrêts avaient considéré que la bonne foi du tiers valait d'être prise en considération.

1. Mignault. *Droit civil canadien*, t. VI, p. 182 et suiv.

Aussi avait-il été décidé dans quelques causes « que la nullité ne pouvait être prononcée qu'à condition qu'il fût prouvé que le créancier savait au moment du contrat que la femme s'engageait pour le bénéfice du mari » (1).

Mais cette tentative jurisprudentielle fut vaine, la bonne foi du créancier ne peut contribuer à donner aucune efficacité au cautionnement de la femme. Celui-ci est d'une nullité absolue qui peut être opposée même au détenteur régulier d'un billet (2).

L'étude des solutions données par la jurisprudence permet de dire, selon M. Mignault, qu'il y aura toujours une nullité absolue même alors qu'il est prouvé que la femme s'est rendue volontairement et consciemment coupable d'une fraude au préjudice du tiers, car du moment où la femme s'est engagée pour son mari, s'il est vrai de dire qu'elle a commis une fraude vis-à-vis d'un tiers, il faut aussi et avant tout envisager qu'elle a contrevenu à une loi d'ordre public.

1. Affaire Mailhiot contre Brunelle, 15 L. C. J. p. 197. — J. Mathieu Baxter contre Ross, 19 R. L., p. 654. — Parisseau contre Nodeau, 13 R. L., p. 593.

2. Affaire Ricard contre la Banque Nationale R.J.Q. 3 B, R., p. 161. — Juge Wurtell, Banque nationale contre Guy M. L. R. 7, S. C., p. 144.

Cette façon d'envisager la nullité de l'article 1301 est regrettable par les conséquences auxquelles elle conduit. Mais nous ne devons pas nous en prendre à la jurisprudence de la création d'un tel état de choses. Celle-ci était tenue de solutionner les conflits qui lui étaient soumis, selon les prescriptions de la loi. Mais il est quelqu'un sur qui l'on peut faire tomber le poids de la faute : c'est le législateur.

Etle codificateur de 1857, comme le législateur de 1866, est tout aussi coupable d'avoir reproduit une solution juridique mauvaise, que l'est le législateur de 1841 de l'avoir mise au jour. Encore ce dernier peut-il invoquer une excuse que lui fournit M. Mignault et prétendre que « la distinction entre la nullité absolue et la nullité relative n'étant encore qu' « ébauchée » au moment où il légiférait, il ignorait qu'on pût tirer des mots dont il usait une signification qu'il n'entrevoyait pas lui-même. » Et pourtant Domat, Pothier avaient déjà exprimé sur la matière des nullités, des avis qui appelaient une certaine prudence dans les termes usités en cette matière.

Mais que dire du législateur de 1866 ? Déjà la théorie s'était fait jour à cette époque, et il faut bien reconnaître qu'il possédait l'entière connais-

sance de ses expressions et qu'il envisageait saine-
ment les conséquences que l'on devait tirer de son
texte et les applications que l'on en pouvait faire.

Une première objection au système de l'arti-
cle 1301 apparaît dans la contradiction qui se
manifeste entre le caractère absolu de la nullité
et la fin à laquelle tend l'article 1301 : la protection.

Chaque fois que la loi intervient en faveur d'une
personne dans le but de la protéger, elle ne pro-
clame pas la nullité de plein droit ni ne permet
qu'elle découle de son esprit. Ainsi agit-elle en
faveur du mineur, de la femme qui a contracté
sans être couverte par l'autorisation maritale, de
l'interdit, du prodigue (1).

Pourquoi alors ne pas reconnaître que la nul-
lité qui frappe le cautionnement de la femme
n'est que relative ? Il n'y a pas de bonnes rai-
sons pour soumettre la nullité de son obligation
à un régime différent de celui auquel sont sou-
mises les autres incapacités.

Ajoutons que nous pouvons ne pas nous
borner à invoquer l'état d'incapacité de la femme,

1. Nous passons sous silence le cas du condamné à une
peine afflictive et infamante, dont les actes sont frappés
d'une nullité absolue. Son incapacité est une déchéance et
non une forme de protection.

mais encore faire valoir l'erreur et la violence, peut-être même aussi le dol dont la femme aura pu être victime pour justifier l'opportunité d'admettre la nullité relative en remplacement de la nullité absolue.

Un second grief à adresser au caractère absolu de la nullité et qui est capital, c'est que le caractère absolu de la nullité écarte de façon formelle l'intérêt que l'on porte toujours aux tiers de bonne foi.

La bonne foi du tiers reste ici inopérante parce que la nullité absolue détruit l'acte ; celui-ci se trouve anéanti dès sa formation ; aucun droit n'a donc pu naître au profit du tiers.

Tandis que s'il ne s'était agi que d'une nullité relative, l'acte n'aurait pas été frappé d'une nullité immédiate : celle-ci, ne l'aurait atteint qu'à la suite d'une action en justice reconnue bien fondée ; jusqu'au jour où la nullité n'est pas intervenue l'acte existe, il produit des effets ; il a pu engendrer des droits au profit de tiers que la bonne foi de ces tiers fait subsister.

Aucune conciliation n'est possible entre l'idée de commerce et de crédit et l'application du régime des nullités absolues en matière de cautionnement.

Une femme mariée qui aura besoin d'argent de façon absolument indispensable pourra avoir quelque peine à trouver un prêteur. Peu lui importe à ce prêteur, la richesse de la femme et la valeur du gage qu'elle lui offre, puisqu'elle peut elle-même, sans aucune modification altérant le gage donné, supprimer totalement la solvabilité pourtant véritable qu'elle présentait, par la simple affirmation que l'emprunt contracté l'était pour les affaires de son mari.

Et voilà la femme, à défaut d'une somme quelquefois peu importante dans l'obligation d'aliéner et de passer peut-être un marché désavantageux.

Mais cela n'est encore rien. Il y a des inconvénients plus graves : il se peut que la femme mariée ait trouvé un prêteur auquel elle ait emprunté conjointement avec son mari, ajoutant qu'elle destinait l'argent emprunté à la réédification de ses immeubles. Le prêteur, suivant la foi de sa débitrice, se rend bien compte que celle-ci contracte un engagement dont elle pourra invoquer la nullité, aux termes de l'article 1301, comme fait avec le mari ; mais il sait aussi que la femme n'intercède plus quand elle fait sa propre affaire ; il me sera toujours facile, se dit-il, d'établir que l'em-

prunt n'était pas destiné au mari, mais a profité à la femme.

Le prêteur, disions-nous, a suivi la foi de sa débitrice ; mais la foi de celle-ci peut être mauvaise. Et à l'échéance la femme mariée pourra prétendre qu'elle avait emprunté pour son mari et non pour elle et que l'argent qui lui a été prêté n'a pas tourné à son avantage : « Et cette collusion frauduleuse, sous le couvert de la loi aura un plein succès. La femme ayant cautionné pour son mari, son obligation est nulle. Elle vous aura joué, volé peut-être si le mari est insolvable, n'importe c'est une femme mariée il faut la protéger quand même. C'est monstrueux ! N'est-ce pas pousser trop loin la protection due à la faiblesse de la femme ? (1). »

En cette matière encore la législation canadienne s'est trouvée aboutir à des conséquences que le droit Romain avait prévues, mais qu'il avait rejetées. Le droit Romain prit en considération la bonne foi du créancier. Quand la femme semble avoir contracté pour elle-même, mais qu'en réalité elle s'engage pour autrui, le créancier ne sera pas victime des machinations qu'il

1. Beauchamp, *Revue légale*, N. S. 1896, p. 376.

n'a pu prévoir ou simplement de l'erreur dans laquelle il s'est trouvé. Un texte justifie cette exception au sénatus-consulte : « Si mulier tanquam in usus suos pecuniam acceperit, alii creditura, non est locus senatus-consulto : alioquin nemo cum feminis contrahet quia ignorari potest quid acturæ sint ».

Sans cette exception, le sénatus-consulte Velléen aurait entièrement ruiné le crédit des femmes. Elles n'auraient trouvé personne pour traiter avec elles du jour où la bonne foi du créancier n'aurait pas été protégée. Bien plus, le droit Romain avait admis que la bonne foi du tiers devait être prise en considération au cas où la femme, afin de ne pas figurer elle-même à l'opération, aurait donné mandat à un tiers d'emprunter pour elle.

Mais si la bonne foi du tiers était sauvegardée, il faut ajouter que la mauvaise foi de la part de la femme lui retirait le bénéfice du sénatus-consulte Velléen : « Nam decipientibus mulieribus senatus-consultum auxilio non est ; infirmitas enim feminarum non calliditas auxilium demit. » Le mot *decipientibus* vise le cas de manœuvres frauduleuses commises par la femme.

Le secours du sénatus-consulte est même refusé à la femme qui s'est abstenue de manœuvres

frauduleuses actives et qui s'est bornée à ne pas révéler au créancier la situation vraie. Par exemple : un mari donne en gage à son créancier une chose appartenant à sa femme, mais qu'il présente comme étant sa propre chose. La femme qui est au courant de l'affaire garde le silence et n'avertit pas le créancier. La femme sera valablement obligée pour n'avoir pas contredit à l'assertion du mari. « Quod si patientiam præstitisti ut quasi res suas maritus obligaret, decipere voluit mutuam pecuniam dantem, et ideo tibi non succurretur senatus-consulto ; quia infirmitati, non calliditati mulierum consultum est. »

L'opinion de M. Gide est conforme à celle que nous émettons : « l'application du senatus-consulte cesse également dans un cas tout opposé, lorsque la femme se rend coupable d'un dol : le senatus-consulte, dit Ulpien, subvient à celles qui sont trompées, non à celles qui trompent. La femme commet un dol non seulement lorsqu'elle abuse le créancier par ses manœuvres, mais encore lorsque instruite elle-même du bénéfice qui la protège elle le laisse ignorer au créancier : la réticence, ici, équivaut au mensonge (1). »

1. Gide. *Condition privée de la femme*, p. 182.

Mais au Bas-Canada, le législateur par l'abus de termes qui ont très probablement dépassé sa pensée, en est arrivé à obliger les tribunaux à faire prévaloir des solutions qui sont en contradiction avec le bon sens juridique :

M. le juge Badley dans l'affaire Mailhot contre Brunelle (1) et vir dit que : « la prohibition de la loi est si forte que ceux qui traitent avec des femmes mariées doivent s'assurer que leurs obligations tournent à leur avantage.

Dans une affaire : La Banque Nationale contre Guy et alias (2). M. le Juge Wurtele a décidé qu'un billet fait par une femme mariée, séparée de biens, en faveur d'un créancier de son mari et pour une dette de ce dernier est radicalement nul, et qu'aucune action ne peut être intentée sur ce billet par une banque qui, de bonne foi, aurait escompté un billet, avant son échéance et en ignorant cette cause de nullité : « Considérant que la nullité en question prononcée formellement par la loi est une nullité absolue et que, malgré la négociabilité apparente dudit billet promissoire, la bonne foi du tiers porteur et son ignorance de la cause de la nullité ne peuvent rendre le billet pro-

1. 15, L. C. S., 197.

2. 1891. M. L. R., 7. C. S. 144.

missoire valable entre ses mains, envers le faiseur. »

En 1893 dans l'affaire dame Henriette Ricard contre la Banque Nationale, la Cour d'appel cassant un jugement de la Cour supérieure a jugé que « le billet à ordre signé par la femme, sans considération, et pour le bénéfice de son mari, qui en a eu le produit de l'escompte et l'a employé pour son avantage personnel est nul ; et que cette nullité étant absolue et d'ordre public, peut être invoquée contre le tiers porteur de ce billet pour valable considération ».

Le juge en chef, Sir Alexandre Lacoste, fit observer en rendant le jugement que « la nullité établie par l'article 1301 du Code civil est d'ordre public et peut être invoquée contre les tiers de bonne foi... les tiers qui contractent avec des femmes sous puissance de mari doivent être sur leur garde... si la femme ne pouvait pas invoquer l'article 1301 à l'encontre des tiers de bonne foi, il serait très facile d'éluder les conséquences de la loi et la nullité prononcée ne serait que relative, contrairement au désir du législateur qui a voulu qu'elle fût absolue. »

Nous avons indiqué plus haut, discutant sur le caractère absolu ou relatif de la nullité, que sur ce

point il y avait eu quelques tribunaux qui n'avaient pas dans leurs décisions adopté les solutions généralement admises en cette matière. Il nous faut signaler à propos de la bonne foi prise ou non en considération, la même divergence ; car les deux questions sont connexes.

Dans la cause Phialcoski contre dame Gareau, la Cour de revision a annulé l'obligation de la femme, mais en rendant le jugement, M. le Juge en chef Johnson fit les remarques suivantes : « Sûrement si le plaignant avait ignoré cela (que les fonds avaient été empruntés pour l'avantage du mari) le cas serait différent, car la loi ne dit pas que la femme ne peut pas s'engager pour la dette de son mari et le prêteur ne peut pas être tenu de surveiller l'emploi des fonds par lui prêtés. »

Dans une autre affaire (1) M. le juge Loranger avait décidé que la femme mariée devrait prouver la mauvaise foi du créancier de son obligation pour pouvoir invoquer la nullité de l'article 1301. La Cour d'appel cassa cet arrêt.

Une décision analogue fut rendue en 1893 (2), par M. le juge Davidson : « Considérant qu'une

1. 1892, II. Rapport officiel, C. S., p. 152.

2. III. Rapp. off. C. S., p. 496.

femme mariée pour profiter de l'article 1301 du Code civil devrait prouver que le porteur du billet au moment où celui-ci lui fut délivré savait que si elle s'obligeait, c'était seulement pour son mari. »

Cette façon de voir, dont le but était de faire prévaloir la solution romaine et de donner efficacité à la bonne foi du tiers n'eut pas beaucoup d'échos. Elle fut très vivement critiquée. M. S. Pagnuelo (1), dans un article où il traite des nullités qu'on peut opposer aux tiers de bonne foi, porteurs d'un billet promissoire, conclut, « en faveur de la nullité absolue opposable au porteur de bonne foi, d'un billet signé par une femme mariée pour les affaires de son mari. »

« Cette division dans l'opinion des cours de justice est une indication que la question offre de sérieuses difficultés au moins au point de vue de l'équité. La Cour d'appel a maintenant fixé la jurisprudence dans le sens de la nullité absolue opposable aux tiers. Il reste au Parlement à peser les inconvénients que cette loi fait naître et à y porter remède (2).

1. *La Thémis*, vol. II, p. 249.

2. Beauchamp. *Revue légale*. N. S., p. 383.

QUELLES SONT LES NÉCESSITÉS AUX-QUELLES A OBÉI LE LÉGISLATEUR CANADIEN EN ÉDICTANT L'INCAPACITÉ VELLÉIENNE. QUELLES SONT LES SOURCES DU DROIT EN CETTE CETTE MATIÈRE ?

Sur ce point nous avons consulté tous les ouvrages qui étaient à notre portée, sans rien trouver qui pût nous renseigner, ni même nous mettre sur la voie. Chez un seul auteur nous avons trouvé le souci de résoudre cette énigme, mais son scrupule d'éclairer ce point d'histoire est vite levé par l'aveu de son ignorance.

Nous essaierons de rechercher quels sont les motifs qui ont donné le jour à la disposition de 1841 ; il eût pourtant été très utile que nous sachions bien exactement quels avaient été ces motifs ; car peut-être y aurions-nous trouvé la justification de bien des conséquences de l'article 1301 que nous avons été amené à critiquer. Peut-être aurions-nous compris pourquoi la renonciation au bénéfice du sénatus-consulte Velléen fut écartée, ou par le texte même suivant les uns, ceux qui partagent l'opinion de M. Gide,

ou par la jurisprudence suivant les autres, ceux pour qui la renonciation ne constitue pas une dérogation à la loi.

Peut-être en raison de la gravité des faits à réprimer aurions-nous admis l'excès de rigueur qui conduisit le législateur à édicter une nullité de droit, là où une nullité relative nous eût parue plus logique et suffisante. Peut-être enfin n'aurions-nous pas envisagé comme une monstruosité que la bonne foi du tiers soit considérée comme non avenue et que la mauvaise foi de la femme ne fasse pas à celle-ci une situation défavorable.

Tout d'abord doivent être rejetés, comme ayant inspiré l'ordonnance de 1841, les motifs qui amenèrent Auguste à promulguer son édit et le Sénat à rendre sa consultation. L'histoire ne nous autorise pas à dire que la débauche des femmes nécessitât au Canada les mesures prises à Rome. S'ils avaient existé, nous n'aurions pas manqué d'être instruit sur les faits et gestes de ces héroïnes d'un ordre spécial, s'attachant à atteindre à la triste célébrité de Messaline et de ses contemporaines. Au contraire la Société du Bas-Canada se montre à nos yeux sous l'aspect d'une moralité qui confine à l'austérité.

Nous n'attacherons pas davantage d'importance à la nécessité d'écarter les femmes des *officia virilia*, ni à la crainte de l'accroissement de leur rôle social. Ces raisons sont surannées et ne doivent point trouver ici leur application.

Le législateur intervint uniquement parce que lui semblaient insuffisants les moyens de protection accordés à la femme. Est-elle mariée sous un régime de communauté il ne veut pas qu'elle contribue entièrement à la dette qu'elle a contractée. Bien que son engagement soit de son chef elle n'en supportera les conséquences que proportionnellement à la place qu'elle occupe dans la communauté. La femme est-elle sous un régime exclusif de communauté, elle semble avoir voulu se rendre encore plus digne d'intérêt. Aucune base n'existe pour fixer une proportion à sa contribution, on l'exonère totalement de son obligation.

Système illogique établissant deux poids et deux mesures selon les conventions matrimoniales. Comme si la femme commune était soumise à une influence maritale moindre que la femme mariée sous un régime d'exclusion de communauté. Et c'est pourtant à cette conséquence que conduirait l'article 1301 s'il était applicable à la lettre. Si l'influence maritale est opérante et néfaste, il faut

défendre contre elle la femme commune au même titre que celle qui ne l'est pas et ne pas lui faire porter une responsabilité contre laquelle elle ne peut se défendre. Là encore c'est une question de principe : ou bien il y a influence maritale à redouter ou bien cette influence n'est pas à craindre. Ce principe ne doit pas être altéré par l'adoption de tel ou tel régime matrimonial.

Nous sommes conduit à conclure que le but uniquement suivi par le législateur canadien est de protéger la femme et son patrimoine, contre les influences dont ils peuvent être victimes.

Mais nous devons maintenant nous demander quelle est la source à laquelle a puisé le législateur et de quel exemple il s'est inspiré pour édifier une disposition ignorée jusqu'alors au Bas-Canada.

A notre sens, le problème se présente sous un double aspect et doit être envisagé d'abord quant au fond, à un point de vue purement formel ensuite.

Quant au fond, nous pensons que l'inspiration qui guida les auteurs de l'ordonnance de 1841 où se manifesta pour la première fois la possibilité de cautionner son mari refusée à la femme, vint au législateur de la situation faite encore à cette

époque à la femme mariée anglaise. En 1841 la femme mariée anglaise n'a en principe aucune personnalité juridique. Le « *Common Law* » voit dans les conjoints « non pas deux personnes, mais une seule et cette personne c'est le mari. Il en résulte qu'un mari ne peut vendre à sa femme, ni lui acheter, s'obliger envers elle, ni l'obliger envers lui... car sa femme et lui n'étant qu'une seule personne, ce serait comme... s'il s'obligeait envers lui-même... La femme au contraire ne peut jamais agir ; tout acte juridique petit ou grand lui est également interdit, car la loi la considère comme destituée de toute volonté propre et incapable de vouloir autre chose que ce que veut son mari (1).

1. Ainsi s'exprime M. Gide à la page 285 de son *Etude sur la condition privée de la femme*. Emprisons-nous d'ajouter que des dispositions nouvelles ont législativement modifié cet état de choses. Une loi de 1882 a reconnu à la femme mariée anglaise une personnalité juridique distincte de celle de son mari. M. Barclay, dans un article publié au *Bulletin de la Société de législation comparée*, juin 1883 et qui a pour titre : *De l'émancipation contractuelle de la femme mariée*, nous enseigne « que le pays qui, pendant des siècles a enseigné la maxime : *Uxor non potest contradicere viro* » vient de renverser de fond en comble le système bâti sur ces anciens principes et de fonder un nouveau régime dont on peut dès maintenant prévoir toute l'étendue et tous les résultats ». Une femme mariée anglaise peut maintenant acquérir, disposer,

Voilà la situation que faisait l'ancien droit anglais à la femme mariée. Et ce n'est pas en Angleterre seulement, mais aussi dans tous les pays anglo-saxons que s'appliquaient les effets de cette législation.

Au contraire la Coutume de Paris qui n'avait jamais cessé d'être la loi civile des Canadiens, partait d'un principe tout différent de celui qui s'appliquait en Angleterre. Une autonomie très large était par elle concédée à la femme et l'édit de 1606, rendu par Henri IV et supprimant les effets de l'incapacité velléienne, était précisément une manifestation nouvelle de l'évolution des idées en faveur d'un régime de liberté accordé à la femme au point de vue juridique.

L'état de choses législatif organisé par la création du Conseil Souverain, qui eut pour consé-

comme si elle était dégagée de tout lien matrimonial. Elle est complètement capable de s'obliger. Disons, pour être complet, que si en principe, et avant la loi de 1882, l'activité juridique de la femme mariée se trouvait complètement entravée, du moins c'est tout autrement que les choses se passaient en fait. Les cours d'équité avaient adouci la rigueur du « *Common Law* » et la loi de 1882 n'est qu'une consécration de leur jurisprudence qui avait trouvé le moyen de tourner la loi. Selon l'expression de M. Gide, les prescriptions du « *Common Law* » régnaient mais ne gouvernaient plus.

quence d'introduire au Canada la Coutume de Paris, se serait sûrement perpétué, si le régime politique imposé au Canada s'était lui-même continué. Mais une guerre aux conséquences malheureuses devait soustraire le Canada à l'influence française, pour le mettre sous la domination de l'Angleterre.

La cession du Canada à l'Angleterre fut faite par l'acte de 1763. Il fut convenu que les Canadiens continueraient d'être régis par la loi civile que leur avait donnée l'Edit de création du Conseil Souverain rendu par Louis XIV en 1663. Cette clause de l'acte de cession fut respectée ; mais elle ne pouvait cependant entraver l'application nécessaire du principe qui veut que l'influence du vainqueur s'impose aux mœurs du vaincu.

Une des périodes où se manifesta le plus vigoureusement cette influence fut celle où le Canada fut administré par le Conseil Spécial qui a laissé dans l'histoire des souvenirs si douloureux pour les Canadiens français, ce fut un temps « d'anglicisation » à outrance. Voici un extrait d'un rapport cité par M. Lemieux (1) et que l'auteur lord Durham écrivait vers 1840, faisant toutes recommandations pour l'anglicisation de la province de

1. Lemieux. *Origines du droit franco-canadien*.

Québec « sans agir trop brusquement de peur de heurter les sentiments et de sacrifier le bien-être de la génération actuelle le gouvernement britannique doit dès ce moment, se proposer avant tout d'établir dans le Bas-Canada une population anglaise avec ses lois et sa langue et de n'y remettre les soins des intérêts publics qu'à une législature essentiellement anglaise... Il importe que le Bas-Canada soit désormais gouverné par l'esprit anglais. »

Cette recommandation de lord Durham fut entendue. Sans que nous ayons à faire la critique de son opportunité, nous devons constater que le Conseil Spécial fit sentir son influence par des lois fortement imbues des principes anglais. Au nombre de ces lois se trouve l'ordonnance de l'Enregistrement qui contient la disposition qui transformée, devait lors de la codification donner le jour à l'article 1301.

Nous pouvons donc dire que toute mesure tendant à restreindre la capacité de la femme mariée marquait un effort vers l'assimilation de la femme mariée canadienne à la femme mariée anglaise ; c'était là une des manifestations de l'influence que l'on voulait donner à l'esprit anglais au Bas-Canada.

Mais si les autorités qui détenaient les pouvoirs publics avaient la possibilité d'indiquer le sens dans lequel devait se manifester une influence, du moins étaient-elles impuissantes à déterminer les moyens à employer pour permettre à cette influence de s'exercer ; assurément, le pouvoir législatif étant entre les mains du Conseil Spécial et celui-ci se composant en grande partie de membres d'origine britannique et sous la coupe directe d'un gouverneur nommé par la Reine, on aurait pu comprendre que fut tenté par ce Conseil Spécial et par analogie avec le régime imposé par le « *Common Law* », l'établissement d'une identité de situation entre la femme mariée canadienne et la femme mariée anglaise. Mais s'il est exact que la loi du plus fort s'impose au plus faible, il n'en est pas moins vrai qu'il est des courants impossibles à remonter, et que l'on ne peut implanter dans une législation depuis longtemps existante et parfaitement organisée, des éléments cueillis dans un autre système juridique, et totalement différents de ceux auxquels on veut les adjoindre.

Si le Conseil Spécial avait ainsi agi, il n'aurait pas tenu compte des recommandations de Lord

Durham qui prescrivait de ne pas « agir trop brusquement de peur de heurter les sentiments et de sacrifier le bien-être de la génération actuelle. »

C'est pour cela, que le législateur de 1841, afin de faire produire à la réforme qu'il voulait imposer, tous les fruits qu'on en attendait, dut prendre dans le système juridique d'où procédait la législation du pays même où cette réforme devait s'exercer, les moyens de la mettre à exécution.

Et c'est ici qu'apparaît le second aspect, que nous avons appelé formel, du problème que nous nous étions posé et où nous nous demandions quelles étaient les sources d'où avait jailli l'article 1301.

Nous avons indiqué que la Coutume de Paris pouvait être considérée, en matière civile, comme la source la plus abondante du droit qui régit la province de Québec ; mais elle n'est pas la seule et à côté d'elle notamment il y a lieu de placer le droit Romain « dont s'est inspiré le droit de toutes les nations civilisées » (1).

C'est là ce qui explique à la fois l'analogie, parfois si frappante entre les prescriptions de l'article 1301 et le sénatus-consulte Velléen, tel que nous

1. Lemieux. *Origines du droit franco-canadien.*

l'a transmis la réforme de Justinien et la dissemblance entre l'incapacité qui atteint la femme mariée canadienne et celle qui frappait autrefois l'épouse anglaise.

LA LÉGISLATION CANADIENNE A-T-ELLE
TIRÉ UN PROFIT DE L'ARTICLE 1301 ?
CETTE DISPOSITION LUI EST-ELLE AU
CONTRAIRE PRÉJUDICIABLE ? DE L'AC-
TIVITÉ JURIDIQUE DE LA FEMME :
1° EN TANT QUE FEMME ; 2° EN TANT
QUE FEMME MARIÉE.

Etait-il indispensable d'insérer dans le Code civil de la province de Québec la disposition de l'article 1301 ?

La seule raison pour laquelle fut rétablie l'incapacité velléienne nous a paru être le désir de protéger la femme et d'assurer la conservation de ses biens. Si tant est que ces raisons soient celles qui aient préoccupé le législateur ont-elles du moins quelque valeur ? Et si elles en présentent une, cette valeur est-elle si considérable en présence des inconvénients qui peuvent naître de l'incapacité velléienne, que l'on doive maintenir l'article 1301 ?

Examinons la situation qui doit être faite à la femme non mariée au point de vue de son activité juridique et si, d'autre part la liberté et l'indépendance doivent être reconnues à la femme mariée, dans son ménage ?

Cette double question est délicate par sa nature même, elle l'est plus encore parce fait que M. Gide l'a traitée de façon magistrale dans son *Etude sur la condition privée de la femme*. Se mettre d'accord avec M. Gide, c'est s'exposer à des redites, car il est difficile, au cas où sa thèse aurait besoin d'être soutenue de mettre en avant des arguments plus convaincants que les siens ; s'opposer à sa façon de voir est périlleux par le risque couru d'échouer dans la réfutation des raisons puissantes dont il étaye sa théorie.

Tout d'abord nous examinerons s'il convient de refuser à la femme la capacité de s'obliger, en dehors du mariage ?

Nos conclusions seront sur ce point tout à fait conformes à celles que M. Gide a adoptées : elles tendent à reconnaître à la femme les mêmes facultés qu'à l'homme. Des raisons d'ordre différent peuvent justifier cette assimilation : on peut d'abord invoquer des raisons tirées du droit naturel et refuser au législateur le pouvoir de « dénier à

un être humain le libre exercice des facultés dont l'a doué la nature » ; puis faire observer en invoquant des raisons d'ordre juridique que relever la femme d'un engagement c'est « relever un débiteur d'une obligation volontairement et librement contractée » ; enfin s'en rapportant à des raisons purement concrètes et dictées par l'observation des faits, on peut dire de la femme qu'elle est un être humain dont l'intelligence et l'aptitude aux affaires sont aussi susceptibles d'être développées que chez l'homme ; les facultés existent chez elle à l'état originaire comme chez lui, et une même éducation intellectuelle produit chez l'un comme chez l'autre des résultats qui présentent peu d'écart.

Cette égalité intellectuelle se manifeste dans toutes les classes sociales : ne voyons-nous pas l'accès du barreau ouvert à des femmes ; beaucoup d'entre elles ne se sont-elles pas élevées jusqu'à des situations qui tout récemment encore paraissaient être l'apanage du sexe masculin ? Plus palpable peut-être encore est cette constatation dans les milieux ouvriers ; et là l'égalité n'est pas observée qu'en fait ; la loi est intervenue parfois pour la constater et la sanctionner : il ne faut pas voir autre chose que la reconnaissance de cette

égalité dans notre loi française de 1881 modifiée par la loi du 20 juillet 1898 sur les dépôts aux caisses d'épargne.

En outre des propositions de réforme législative ont été faites en vue de laisser à la femme la libre disposition de son salaire. M. Glasson a été l'instigateur de ces motions par son ouvrage sur le Code civil et la question ouvrière. Ce qui n'a encore vécu en France que sous forme de projet est, d'ailleurs, passé en force de loi dans d'autres législations européennes : par ordre d'ancienneté nous citerons l'Angleterre avec l'acte du 9 août 1870, le Danemark et la loi du 7 mai 1880, enfin le Code allemand dont l'article 1367 réserve à la femme tout ce qu'elle gagne par son travail personnel.

Evidemment aucun rapport n'apparaît entre ces références à des lois, à première vue, étrangères à toute idée d'obligation et à la capacité pour la femme de s'obliger. Mais nous avons mentionné ces modifications parce qu'elles indiquent une évolution constante vers l'assimilation entre les deux sexes au point de vue de la capacité juridique, et parce qu'elles sont les degrés de cette évolution les plus récemment franchis. D'ailleurs, rendre la femme maîtresse de ses salaires ainsi que des dépôts faits aux caisses d'épargne, ne présente

d'utilité pratique qu'en vue des contrats domestiques qu'elle est appelée à passer et de l'exécution des obligations qu'elle a pu contracter pour l'entretien de sa famille.

Nous n'en sommes plus aux temps reculés où la seule qualité de femme constituait une infériorité de fait et de droit ; et les arguments que présentaient les anciens juristes « la femme est une beste haineuse et nourissante de mauveté » ne valent pas la peine d'être discrédités.

De même nous écarterons les raisons présentées par les juristes modernes qui mettent en avant l'ignorance du droit et des affaires. La femme si elle en est ignorante a la ressource de s'en faire instruire. Il est un adage : « nul n'est censé ignorer la loi » et qui domine tout le droit, dont ces juristes paraissent ici faire trop facilement abstraction. Mieux que cela, ils l'appliqueraient si le contractant est un homme pour le rejeter au cas où l'obligé serait une femme.

Evidemment beaucoup de femmes sont frivoles et le luxe et la vie extérieure constituent pour elles un attrait irrésistible au détriment de leurs intérêts bien compris. Mais ne trouve-t-on pas aussi bon nombre d'hommes qui se lancent dans des spéculations absurdes et dont on est assuré,

par avance, qu'ils sortiront les mains vides. L'on protégerait celles-ci et par ceux-là ? Il y aurait là une inégalité, une partialité fragrant, qui doivent être proscrites de toute législation.

Que la personne, homme ou femme, qui a contracté se réjouisse de la situation qui lui est faite, plutôt que de s'en plaindre. Très souvent l'exécution d'une obligation contractée à la légère sera pour elle un avertissement salutaire qui l'empêchera peut-être de retomber dans des errements ultérieurs et plus graves. Ce sera, suivant le dicton populaire « un mal pour un bien ».

D'autres voies de protection ont été créées par la loi, qui ne présentent pas les inconvénients de la prohibition des engagements et qui parent plus efficacement à ceux qui naissent d'une incapacité réelle de contracter. Ces voies de protection sont l'interdiction et la dation d'un conseil judiciaire. Un fou, un prodigue : ce sont là des personnes dignes d'intérêt. La folie, la simple altération d'une faculté mentale (car nous considérons comme telle la prodigalité) sont des titres indiscutables à la protection de la loi. Au contraire l'ignorance n'en constitue pas un, même quand il s'agit d'une femme.

En résumé la femme est tout aussi capable

que l'homme d'être un sujet de droits. A ce titre elle doit supporter d'égale façon les conséquences des actes qu'elle a accomplir. Nous sommes amené à ce résultat non pas en partant du principe dont semblent uniquement inspirées les théories purement féministes : ces théories considèrent la femme comme sacrifiée et traitée de façon inférieure à l'homme et elles visent à un seul but : faire de la femme l'égale de l'homme. Quant à nous, nous sommes parti d'un principe différent : les lois qui paraissent faire à la femme une situation inférieure sont faussement interprétées ; elles sont des lois, non essentiellement privatives de droits, mais essentiellement protectrices ; c'est cette protection qui nous semble déplacée et inconvenante quand elle s'adresse à un être dont les facultés intellectuelles égalent celles de l'homme. Nous voulons, non pas que la femme soit l'égale de l'homme, mais que l'homme soit l'égal de la femme.

Il n'y a, dans un tel raisonnement rien de paradoxal et l'application en est fort aisée dans la matière que nous venons de traiter.

Voyons maintenant si l'on doit reconnaître à la femme la capacité de s'obliger dans son ménage

La femme doit-elle être libre et indépendante dans son ménage ?

A notre sens la liberté la plus absolue et l'indépendance la plus grande doivent être reconnues à la femme dans son ménage. Cette liberté et cette indépendance ne devraient même pas recevoir l'entrave de l'autorisation maritale.

L'autorisation maritale est la sanction du pouvoir du mari. Quant à cette puissance elle se justifie par l'idée d'une autorité à respecter dans la personne du mari et par l'idée d'une protection pour la femme, c'est le système adopté par le Code civil français (1) et aussi celui du Code civil canadien.

Reprenant la justification donnée de la puissance maritale, nous rierons que la protection soit pour elle une raison suffisante d'être : nous avons rejeté cette idée de protection quand il s'agissait de la femme non mariée, parce que nous avons reconnu cette dernière aussi apte qu'un homme à la connaissance du droit et des affaires ; et le mariage n'a pas pour effet d'amoindrir les facultés intellectuelles. Reste, comme deuxième élément justificatif de la puissance maritale l'idée d'une autorité à respecter dans la personne du mari.

 1. Planiol. Tome I, p. 301.

Cette autorité, et ce respect qui lui est dû nous semble très contestable. Elle est d'ailleurs attaquée vigoureusement et Laurent dans son avant-projet de revision du Code civil en proposait la suppression et rêvait d'établir l'égalité entre époux et l'indépendance de la femme(1).

Tout dépend de la conception que l'on se fait du mariage : Le mariage est une institution juridique dont l'unique but est la procréation. Ainsi l'ont aussi envisagé les religions ; plus positif fut le point de vue des législations dont le souci était la situation des descendants. Le mariage fut considéré comme une institution régulatrice de l'ordre dans les familles et par conséquent dans l'Etat.

Ceci étant posé, les deux individus dont la réunion constitue un ménage, se conçoivent très aisément comme libres chacun en ce qui concerne leur activité juridique. Il ne faut pas, au surplus, s'illusionner sur le rôle que joue la puissance maritale quand il s'agit d'une autorisation du mari : l'accord existe-t-il entre les époux ? le mari s'empressera de rendre valide l'acte conclu par sa femme ; au contraire la discorde règne-t-elle au

1. Laurent. Avant-projet de revision du Code civil t. I. p. 424 et suiv.

sein du ménage et le mari refuse-t-il son autorisation le tribunal est là qui l'accordera à la place.

On nous objectera que le tribunal refusera cette autorisation quand le mari l'avait lui-même refusée à bon droit. Par exemple la femme allait compromettre son patrimoine, il fallait l'en empêcher. Nous répondrons qu'avec la conception que nous nous sommes faite du mariage, le mari n'a pas la compétence voulue pour juger de l'opportunité d'un acte à accomplir par sa femme ; si celle-ci est dans un état d'esprit l'empêchant de conclure sainement, il est des mesures protectrices auxquelles il faut recourir : le mari pourra alors mettre son veto aux actes de la femme comme tuteur d'un interdit, comme curateur d'un prodigue, mais pas en tant que mari et comme détenteur de droits nés de cette seule situation.

M. Gide est au contraire un partisan convaincu de la nécessité de l'autorisation maritale ; le principe lui en semble incontestable et l'histoire du droit l'amène à constater que « les législations où l'autorité maritale est le plus largement établie sont précisément celles où la femme jouit en somme de la capacité la plus complète et des droits les plus étendus ; la femme s'y est trouvée soumise du jour où, affranchie des incapacités de

la loi Antique, elle est enfin devenue dans le sens le plus élevé du mot la compagne et l'associée du mari ».

Constatons que ce qui pouvait être une vérité au temps où M. Gide écrivait ces lignes, a cessé aujourd'hui de l'être. Vérité en deçà du continent, erreur au delà.

En effet, l'autorisation maritale est une formalité inconnue du droit anglais. Et conformément à l'indication de M. Gide il n'était pas besoin qu'il y en eût une, car toute manifestation juridique était impossible à la femme mariée « le vieux droit anglais (Common law) regardait les époux pendant toute la durée du mariage comme formant une seule personne, et ne leur reconnaissait en conséquence qu'une volonté unique dont le mari était l'organe, comme le plus apte des deux à subvenir aux besoins de la famille et à la diriger » (1). « Il en résulte qu'un mari ne peut vendre à sa femme, ni lui acheter, s'obliger envers elle ni l'obliger envers lui, l'assigner en justice ni être assigné par elle (2). » Mais la situation de la femme anglaise déjà améliorée

1. Bertheau. Thèse, Paris, 1907.

2. Gide, *op. cit.*, p. 285.

par les cours d'équité et le système des « trust » subit en 1882 des modifications profondes : la femme par cette loi fut déclarée capable d'acquiescer et de disposer, de s'obliger par contrat et d'ester en justice, etc., et malgré cette entière liberté d'action il ne vint pas à l'esprit du législateur anglais d'exiger l'autorisation maritale qui fut toujours ignorée en Angleterre.

L'exemple de la législation anglaise est le meilleur que nous puissions donner d'un droit qui a concilié la pleine capacité de la femme mariée avec le défaut d'autorisation maritale. Quelques autres législations européennes ont admis des dispositions que l'on peut rapprocher des solutions apportées en Angleterre par la loi de 1882. Les articles 1399 et 1400 du Code civil allemand de 1900, relatifs l'un à la capacité de s'obliger, l'autre à la capacité d'ester en justice, modifient en ces matières la situation inférieure qu'occupait jusqu'alors la femme mariée allemande. Quant au Code civil italien il ne permet à la femme mariée de donner, d'aliéner ses immeubles, de les hypothéquer, d'emprunter, de s'engager comme caution, etc... que revêtue de l'autorisation maritale. Mais ce ne sont là que des exceptions limitativement déterminées par la loi italienne ; en dehors du cas

qu'elle prévoit, la femme est complètement libre d'agir seule.

Fortement attaquée par la doctrine, abolie par quelques législations, sans que nous ayons à constater que sa suppression y soit une source d'inconvénients, l'autorité maritale est un principe qui devrait disparaître des Codes où elle existe encore ; et l'on peut prédire sa mort à brève échéance.

Y A-T-IL POUR LA FEMME MARIÉE
UN RÉEL DANGER
A CAUTIONNER SON MARI ?

L'influence que peut avoir un mari sur sa femme reste sans contestation ; il est tout aussi indiscutable que cette influence puisse être assez considérable pour rendre une femme aveugle au point d'engloutir son patrimoine. Mais faut-il alors considérer que le danger est plus grand pour une femme de s'engager pour son mari et plus particulièrement de le cautionner que d'accomplir en sa faveur un acte d'aliénation ?

La théorie romaine interdisait l'intercessio à la femme, mais un acte de dépouillement lui était possible. Nous avons déjà eu l'occasion d'indiquer

le raisonnement qui amenait cette solution : mise en présence d'une aliénation à consentir la femme perçoit toutes les conséquences qui peuvent en résulter ; il y a un amoindrissement dans son patrimoine, amoindrissement qu'elle est obligée de constater parce qu'il y a là un acte matériel : qu'elle vienne à donner une somme de 1000 francs ou un immeuble de même valeur, le résultat est le même. Au contraire, le danger d'une obligation ne serait pas tangible pour la femme, car les effets de cette obligation ne sont destinés à se produire que dans l'avenir. En outre le fait brutal et apparent d'un appauvrissement n'est pas le résultat d'une obligation qui a été contractée.

Ces raisons, qui semblent si justes au premier abord, le sont encore quand elles ont été approfondies. Mais bien qu'exactes elles ne nous satisfont pas personnellement ; elles ne nous conduisent pas à conclure dans le sens de la prohibition de l'engagement d'une femme mariée pour son mari ; en effet, nous ne croyons pas que, dans la réalité des faits, les choses se passent comme le croyaient les jurisconsultes romains : quand l'influence qu'un mari exerce sur l'esprit de sa femme est assez puissante pour la conduire à des actes qui peuvent compromettre sa situation de fortune, nous

ne croyons pas qu'il existe encore dans l'esprit de cette femme assez de liberté pour établir sainement le danger qui résulte d'une aliénation.

Or le sénatus-consulte Velléien, dans sa forme primitive comme après les modifications apportées par Justinien, tout en constatant la compromission possible d'un patrimoine par une aliénation, ne prohibait pas cette dernière. La législation canadienne n'en interdit pas non plus l'usage.

Eh bien ! puisque toute la théorie de l'incapacité velléienne repose sur la distinction éventuelle qu'une femme mariée peut faire entre deux périls et que nous ne reconnaissons pas à la femme victime d'une influence la liberté d'esprit nécessaire pour en mesurer l'étendue, nous concluons que cette théorie est inexacte. Elle est inexacte, non pas quand elle attribue à deux dangers une différence d'intensité, cette différence est manifeste, mais elle le devient quand elle estime la femme influencée capable de mesurer cette différence.

La question devrait se présenter sous ce double aspect : le mari exerce-t-il sur sa femme une influence néfaste quant à ses biens ? Alors il faut enrayer cette influence pernicieuse et l'empêcher d'être productive d'effets désastreux ; il faut annuler tous les actes de la femme qui n'ont que l'in-

térêt du mari pour guide ; à ce titre doivent tomber sous le coup de la nullité les aliénations et tous les actes que l'on peut leur assimiler, tout aussi bien que les engagements contractés par la femme mariée.

Au contraire, doit-on considérer l'influence maritale, et en principe celle émanant d'un des époux et s'exerçant sur son conjoint comme ne pouvant pas être arrêtée ou diminuée par une disposition législative, et l'activité juridique de la femme mariée comme devant s'exercer sans restriction ?

C'est à ce second point de vue que nous nous rallierons de préférence. Nous avons admis que l'influence maritale pouvait amener la ruine de la femme, ou tout au moins causer de graves perturbations dans son patrimoine ; mais ce sont là de simples craintes émises par le législateur ; et s'il arrive parfois qu'elles soient justifiées, il faut cependant n'y voir que des exceptions ; bien plus souvent, au contraire, ces craintes ne se réalisent pas.

Admettons cependant, pour un instant, que, même n'étant qu'exceptionnels, ces résultats constituent de graves inconvénients auxquels il fallait porter remède ; mais d'autres inconvénients beaucoup plus graves ne vont-ils pas naître de l'inca-

pacité velléienne ? Et le remède ne va-t-il pas être plus nocif que le mal ne l'était lui-même.

Sous prétexte que quelques femmes ont agi à la légère et ont subi un préjudice de leur manque de sagesse, va-t-on priver la plupart d'entre elles, pondérées et réfléchies, de venir en aide à leurs maris et d'obéir à un devoir que leur dicte et la loi naturelle et la loi positive ?

Parce que quelques maris sans scrupules, transportant jusque dans le mariage des mœurs qu'on n'y devrait pas rencontrer, auront abusé de la naïveté féminine, va-t-on empêcher une majorité honnête de recourir à un secours qui s'offre spontanément et naturellement ?

Faut-il obliger un commerçant à la veille de la faillite à rendre public le mauvais état de ses affaires par un emprunt sollicité d'un étranger et rendre pire ainsi sa situation pécuniaire déjà mauvaise ? Faut-il l'obliger à passer sous les fourches caudines que peuvent être pour lui les conditions d'un prêteur ?

Et ce sont pourtant là les périls auxquels on expose le mari quand on interdit à sa femme de le cautionner. Au contraire, le mari retire d'un régime qui rejette l'incapacité velléienne un double avantage : il conserve plus longtemps le

silence sur sa situation pécuniaire précaire, et les dettes qu'il contracte ne l'écrasent plus du double poids d'un capital et d'intérêts à un taux exagéré.

Ajoutons que sous prétexte d'être un secours pour la femme, l'incapacité velléienne lui occasionne un surcroît de peines. La femme dont, le mari est obligé de recourir à un étranger et de subir les exigences d'un créancier, est par contre-coup la victime d'une institution qui prétend la protéger. Les intérêts respectifs de la femme et du mari sont absorbés par des intérêts plus grands : ceux du ménage ; tout ce qui affecte ces derniers et leur porte préjudice atteint également les intérêts des deux personnes dont la réunion constitue ce ménage.

Nous rejetons donc la façon de voir des législations, et en particulier de la législation canadienne, qui considèrent la femme en péril quant à ses biens lorsqu'elle a cautionné son mari. Le danger est, nous croyons l'avoir démontré, tout aussi menaçant pour la femme, qu'il s'agisse d'une aliénation ou d'un cautionnement ; dans tous deux il existe une influence à combattre, si on l'estime menaçante pour les biens de la femme. Mais nous considérons, pour conclure, que cette influence n'est pas pernicieuse et que dans la plupart des

cas elle a, au contraire, un effet salulaire pour le ménage et par conséquent pour la femme.

DES OBSTACLES
QUI SE SONT TOUJOURS DRESSÉS
DEVANT LE SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN
DANS LES LÉGISLATIONS
OU IL FUT EN VIGUEUR

D'ailleurs ces raisons de ne pas maintenir l'incapacité velléienne ne sont pas les seules que l'on puisse faire valoir. Nous avons déjà signalé qu'un argument nous était fourni par l'unanimité avec laquelle toutes les législations l'avaient abrogée après l'avoir adoptée.

Examinons successivement les pays où elle fut en vigueur. Pour cet examen nous suivrons la méthode de M. Gide (1) qui consiste à étudier les législations en les groupant suivant les caractères communs qui permettent de les rapprocher :

La France fut un des pays où le sénatus-consulte velléien fournit sa carrière la plus floris-

1. Gide. *Condition privée de la femme.*

sante. Il y parut aux environs du xiii^e siècle avec la Renaissance du droit Romain ; mais sa physiologie ne présentait pas l'intégrité que nous lui connaissions pour l'avoir étudié à l'époque de Justinien ; sous le règne de cet empereur le Velléen, du moins en ce qui concerne les rapports entre le mari et la femme, avait conservé toute sa rigidité d'allures : l'intercessio pour le mari est absolument prohibée. A ce moment, nous perdons de vue le droit Romain ; pendant de longsiècles, c'est sur lui l'obscurité presque complète. Tout vestige du Velléen a disparu ; nous le retrouvons enfin, mais il n'est plus le même.

Le contact d'autres législations, l'évolution des civilisations l'ont obligé à se modifier, l'ont assoupli pour des nécessités nouvelles et lui ont enlevé ce que des nécessités disparues ne pouvaient plus exiger. Des révélations de l'existence du Velléen s'observent dans la Provence, le Languedoc, l'Auvergne ; mais ces manifestations présentent entre elles des différences profondes : ici, la faculté de renonciation est accordée à la femme : là, la femme peut intercéder, mais il lui faut l'autorisation maritale.

En même temps que l'on constate son apparition sur le territoire français, on peut aussi s'aper-

cevoir de la modification considérable apportée au Velléen : le principe de la renonciation posé, c'est le premier et le plus grand coup qui lui soit porté. Ce principe ne fut pas admis, sans contestation, par la doctrine : la lutte fut, au contraire, très vive entre les glossateurs d'une part et Jean de Ravanis, Pierre de Belleperche, Jean Faber, d'autre part ; l'école française concluait au rejet des renonciations ; mais la doctrine la plus savante, les discussions juridiques ne pouvaient l'emporter et faire prévaloir des solutions que l'état nouveau des sociétés ne pouvait admettre : « Les exigences de la pratique l'emportèrent sur l'autorité des docteurs et la renonciation parut un expédient si utile et parfois si nécessaire que son usage se propagea presque en même temps et avec la même rapidité que celui-ci du sénatus-consulte lui-même. Dès le ^{xiii}^e siècle, tous les recueils de diplôme en font foi, la clause de renonciation au Velléen et à l'authentique *Si qua mulier* avait pris place dans le formulaire des Tabellions.

Non seulement la renonciation fut permise, mais on peut aussi suivre la désuétude du Velléen d'après les formes mêmes qui furent imposées à cette renonciation, et dont la rigueur alla

toujours s'atténuant : d'abord le serment est requis à peine de nullité de la renonciation, il faut une renonciation jurée ; puis on se contenta d'une renonciation formelle, enfin le dernier terme de cette évolution nous conduit à la renonciation devenue de style. Le but de la loi n'existait plus. Le Velléen n'avait plus d'efficacité puisque l'on pouvait tourner la loi ; et c'est en fait ce qui arrivait presque toujours.

La fréquence des renonciations n'aurait pas à elle seule suffi à entraîner l'abrogation du Velléen ; la jurisprudence se chargea de cette besogne par les formes nombreuses qu'elle exigeait pour la validité des renonciations : pour que la renonciation fût valable, il fallait que le notaire eût donné à entendre à la femme ce que c'était que le Velléen (1) ; rien que cette exigence excessivement élastique était la source de nombreux procès ; ajoutons à cela, comme nous l'enseigne Pasquier, que le formalisme était si grand en cette matière que la moindre omission ou inexactitude pouvait faire annuler le contrat.

De la rigueur jurisprudentielle naquit dans les affaires un désordre préjudiciable aux inté-

1. Louet. Lettre V, t. II, p. 845.

rêts de tous : certains créanciers du mari avaient cru valable l'engagement de la femme qui s'était portée caution, et ils voyaient subitement s'évanouir leurs sûretés, ou bien un mari avait compté sur le cautionnement de sa femme et celui-ci se trouvait annulé. Les notaires, sous peine de condamnation, devaient faire connaître aux femmes « la nature et les effets des privilèges auxquels elles renonçaient ». « Mais, dit Hévin, comment les notaires leur eussent-ils expliqué ce qu'ils n'entendaient pas eux-mêmes » ?

Maintenant la suppression du Velléen s'imposait : un édit (duquel Messire Nicolas Brulart de Sillery, chancelier de France, est auteur et M. Louet en a été le rapporteur) fut rendu en 1606 interdisant « à tous notaires et tabellions d'insérer dans les brevets... les renonciations aux droits de Velléen... demeurant néanmoins les femmes bien et dûment obligées sans lesdites renonciations... »

On vit disparaître le Velléen avec autant de joie que l'on avait mis d'empressement à l'accueillir. En effet, le sieur Faye Despesses signale dans ses Mémoires « l'Edit portant injonction aux notaires de ne plus faire mention de la clause dite du Velléen, invention digne des fem-

mes et d'un siècle plus efféminé que celui des anciens Romains, l'usage desquels ne souffrait pas que de l'intervention des femmes il naquit obligation ; à quoi il était dérogé par la subtilité de cette renonciation, si diversement insérée ou omise par les notaires ; que n'étant propre qu'à produire des procès, ça été d'un bon effet de l'abolir ».

Leschassier, de son côté, appréciait ainsi le Velléen sous le régime des renonciations : « L'usage de cette renonciation contraire au droit, estant entre nous passé par coutume en style de notaire et ayant abrogé le Velléen, s'est changé en un piège tendu à la simplicité de ceux qui contractent avec les femmes, quand, par malice ou ignorance les notaires obmettent cette clause. Encore qu'elle soit du tout vaine et sans aucun effet en l'esprit des femmes, si est-ce que les obligations où elles font défaut sont déclarées nulles. N'est-ce point imposer loi aux paroles et non aux choses ? ou ne vaudrait-il point mieux abroger cette formalité, comme une mauvyaise herbe qui doit être arrachée du champ de la Justice ? »

Beaucoup de Parlements refusèrent, néanmoins, d'enregistrer cet édit. Le sénatus-consulte continua d'être observé en Auvergne, en Normandie,

à Grenoble, Aix, Bordeaux, à Toulouse. Mais l'anarchie la plus complète continua dans les jugements et les arrêts : les solutions les plus diverses intervinrent quant aux questions de renonciation; certaines Cours admettaient que l'engagement de la femme se trouvait frappé de nullité absolue, d'autres n'y voulaient voir qu'une nullité relative.

Il fallut la promulgation du Code civil pour que l'abrogation du Velléien devînt générale et définitive.

En Allemagne la renaissance du droit romain ne se fit sentir qu'au xviii^e siècle. Le Velléien y fut adopté aussitôt; mais on mit plus de réserves à l'accueillir qu'on en avait mis en France quelques siècles auparavant. L'esprit juridique s'était perfectionné pendant ce temps et la Société allemande ne présentait plus un terrain d'importation aussi hospitalier que ne l'était la France au xiii^e siècle. Aussi bon nombre de jurisconsultes : Ludwig (1), Thomasius (2), se sont-ils

1. Ludwig. *De diff. J. Rom. et Germ. secto. Vell. exule in Germania*. Halæ, 1720.

2. Thomasius. *De exiguo usu Secti. Vell. in. Germania* Halæ 1707.

élevés contre l'introduction de l'incapacité velléienne. Ils protestèrent que la prohibition d'intercéder ne cadrerait plus avec les mœurs contemporaines ; elle ne pouvait plus se baser que sur une idée de protection pour la femme ; or cette protection était inutile, superflue, car la loi allemande y pourvoyait suffisamment.

La pratique n'avait pu admettre le Velléien qu'au prix de certaines concessions, notamment elle avait dû reconnaître la possibilité des renonciations. De ce chef l'institution nouvelle, que l'on s'efforçait d'introduire dans les mœurs, s'attira des critiques conçues dans le même esprit que celles que nous avons vu les jurisconsultes français, qui écrivaient avant 1606, adresser au Velléien. Thomasius disait : « Le Velléien a perdu dans la pratique moderne son utilité, car le créancier ne manque pas d'exiger de la femme une renonciation à son bénéfice, en sorte qu'elle se trouve aussi exposée aux surprises et aux séductions que s'il n'y avait jamais eu de Velléien. Les seules personnes que la loi puisse atteindre sont ceux-là précisément qu'elle devrait épargner, ceux qui, ignorant son existence, n'ont pu songer à se prémunir contre ses coups et à exiger la renonciation de leur débitrice. Ce prétendu bénéfice n'est donc autre chose

qu'un piège tendu par le législateur à l'ignorance et à la bonne foi. » La conclusion de Thomasius est « que l'usage du sénatus-consulte Velléen ne devrait pas exister, par faveur pour les créanciers, ou alors que l'usage des renonciations au sénatus-consulte devrait être aboli, par faveur pour les femmes... ».

Ces attaques violentes de la doctrine, secondées par les inconvénients multiples que manifestait l'application de la théorie velléienne, amenèrent la pratique à des concessions nouvelles : Le sénatus-consulte fut sans influence sur « les commerçantes, les juives, les princesses, celles qui s'engageaient sans l'autorisation de leurs tuteurs ; celles qui s'engageaient sous la foi du serment » (1). L'*intercessio* était alors valable même si elle avait lieu au profit du mari.

L'autorité pratique du Velléen n'existait plus et Eisenhardt pouvait écrire : « Le droit allemand permet le cautionnement à toute personne qui jouit de la faculté de s'obliger, même les soldats et les femmes (2). »

A consulter des lois plus récentes, on constate

1. Gide, *op. cit.*, p. 304.

2. *Just. juris German. privati*, III, 13 § 50.

des tendances nouvelles à l'abandon du Velléen et une progression constante vers ce but : Une ordonnance de 1789 qui régit le pays de Bade porte que tout cautionnement souscrit par une femme dûment assistée, soit dans l'intérêt d'un étranger, soit dans celui de son mari, aura la même efficacité que s'il eût été souscrit par un homme. Le Code prussien de 1794 déclare valide le cautionnement de la femme pour un étranger, à la seule condition qu'une notification en justice sur les conséquences de son engagement lui ait été faite : quand l'intercessio est faite en faveur du mari une formalité complémentaire est exigée : l'assistance et le conseil d'un jurisconsulte.

Le Code autrichien de 1810 permet à toute personne, sans distinction de sexe, ayant la libre administration de ses biens, de s'obliger pour la dette d'autrui (1).

M. Gide nous fait prévoir que lorsqu'une loi unique régira en Allemagne les intérêts privés, le premier soin de cette loi nouvelle sera de s'affranchir tout à fait du joug des idées romaines. il cite l'opinion de M. Girtanner qu'il résume ainsi : « En adoptant le sénatus-consulte Velléen, le législa-

1. *Österreichisches Gesetzbuch*, § 1349.

teur se place en face de cette alternative : ou permettre à la femme d'y renoncer, ou le lui défendre. Permet-il la renonciation ? En ce cas, comme le seul but du sénatus-consulte est de prémunir les femmes contre leur facilité à s'obliger, cette institution devient dans la pratique complètement illusoire. Rend-il, au contraire, toute renonciation impossible ? c'est priver alors toute une classe de personnes du droit de se porter caution, même dans le cas où les motifs les plus légitimes le leur commandent. Pour protéger la femme, il suffirait de l'éclairer par une notification préalable et d'entourer son engagement de certaines formalités. Aller plus loin, c'est manquer le but en le dépassant. »

Les prédictions ci-dessus indiquées se sont réalisées avec le nouveau Code civil allemand de 1900. La femme peut s'obliger tant pour son mari, que pour un étranger. Nous avons même vu que le Code poussait la liberté juridique de la femme au point d'écarter même, dans des cas nombreux, l'autorisation maritale.

En Italie, comme dans les législations précédemment étudiées, nous trouvons le Velléen florissant ; puis il disparaît sous un effort puissant ;

celui de l'évolution des civilisations et du progrès de l'idée juridique.

En Espagne nous trouvons le Velléen comme la reproduction très exacte de ce qu'il était à Rome au temps de Justinien.

Le Code des Sept-Parties où ses prescriptions sont édictées sont une compilation des lois romaines et du droit canon : « La femme ne doit pas se porter caution pour autrui, car elle serait obligée de comparaître en justice et de se mêler aux assemblées des hommes, ce qui serait contraire aux bonnes mœurs et à la réserve qui convient à son sexe (1). » Mais de nombreuses exceptions sont apportées à ces prohibitions quand la femme intercède pour un étranger ; au contraire, la loi s'applique dans toute sa rigueur quand l'intercessio a lieu au profit du mari : « La loi présume que la femme intercède toutes les fois que les deux époux s'obligent conjointement et solidairement en sorte que le mari est tenu, et tenu pour le tout. Bien plus, lors même que le mari n'intervient que comme caution dans le contrat souscrit par la femme, la loi renversant les rôles

1. Code d'Alphonse le Sage. Part. V. Titre 12. leg 2.

présume que c'est la femme qui est caution et le mari débiteur principal (1). »

Telle était encore, il y a quelque trente ans, la loi à laquelle se conformaient les décisions de la jurisprudence ; mais depuis longtemps, en Espagne comme ailleurs des critiques nombreuses autant que justifiées s'adressaient à l'incapacité velléienne : « Les Sept-Parties ont défendu à la femme d'intercéder par la raison que les bonnes mœurs seraient offensées si les femmes allaient aux tribunaux et dans les lieux publics. S'il en était ainsi, le législateur n'eût pas dû se borner à leur interdire le contrat de cautionnement : il eût dû les frapper d'une incapacité absolue et les tenir enfermées toute leur vie, comme dans le sérail des Turcs ou le gynécée des anciens. Mais les mœurs et la civilisation ont marché. Personne aujourd'hui, sans doute, ne croira l'honneur d'une femme en danger s'il la rencontre dans un tribunal. L'espèce d'émancipation que les femmes doivent au progrès de l'éducation et à leur position nouvelle dans la société ne permet plus de les considérer comme des êtres débiles, incapables d'agir par eux-mêmes

1. Gide, *op. cit.*, p. 363.

et qui ne peuvent vivre qu'à l'ombre d'odieux privilèges. Dans ses diverses relations juridiques, en dehors de la famille, la femme dans notre société moderne est en tout l'égale de l'homme. Elle peut acheter, vendre, hypothéquer s'obliger enfin de toute manière. Pourquoi ne pourrait-elle pas s'obliger comme caution (1) ? »

De cette étude très rapide du Velléen dans les pays où cette institution s'est introduite on tire un précieux enseignement : c'est que partout où l'on voulut restreindre la capacité de la femme en matière d'obligation, et plus particulièrement de cautionnement, on se heurta toujours à des difficultés considérables ; ces difficultés on essaya d'abord de les tourner par l'introduction d'un tempérament à la règle originale : le système des renonciations.

On sait que ce système prévalut par les commodités pratiques qu'il parut présenter ; professé par les glossateurs il triompha malgré l'opposition des juristes qui, suivant l'expression de M. Gide, « eurent l'honneur de protester au nom d'une plus saine doctrine, que les juristes italiens appe-

1. Don Francisco de Cardenas. *De los vicios é defectos mos notables de la legislacion civil de España*. Madrid, 1852.

lèrent l'opinion ultramontaine ». Ici encore le remède que l'on croyait apporter à la situation du Velléen causa un mal plus considérable que celui que l'on avait en vue d'éviter.

Les législations où le Velléen fut en vigueur connurent des phases similaires d'évolution : par les renonciations elles voulurent échapper aux rigueurs d'une disposition trop absolue : elles évitèrent ces rigueurs, mais pour créer un régime instable, équivoque, qui fut la source de procès nombreux et de décisions judiciaires qui décernaient presque toujours des primes à la mauvaise foi. Après de longs siècles de tâtonnements et d'erreur finirent par où elles auraient dû commencer et proclamèrent l'abrogation d'une institution qui aurait dû disparaître depuis longtemps.

Ces dernières considérations ne doivent pourtant pas s'étendre à l'Espagne et à l'Italie. Elles sont spéciales à la France et à l'Allemagne, qui, seules, connurent le régime des renonciations (1).

1. Quand nous disons que, seules, la France et l'Allemagne connurent le système des renonciations, nous n'entendons parler que de l'intercessio en faveur du mari. Toujours, au contraire, l'Italie et l'Espagne, suivant en cela la théorie romaine, avaient admis comme valable la renonciation au bénéfice du Velléen, quand la femme intercède pour un étranger.

Cela tient à ce que l'Espagne et l'Italie vécurent d'une façon continue sous l'influence romaine, l'une grâce à l'autorité ecclésiastique, la seconde par la force des traditions qui restent comme attachées au sol. Ces deux facteurs agirent sur ces deux pays avec une force telle que, malgré les invasions qui les bouleversèrent l'un et l'autre, la théorie romaine s'y maintint sans être jamais altérée. Les lois espagnoles et italiennes étaient trop imbues des principes romains pour tolérer que des modifications vinssent les altérer. L'institution jusqu'à respectée, aussitôt reconnue mauvaise, fut abrogée ; mais ce sont là de innovations de date récente et qui ne doivent d'être qu'à la substitution d'une influence nouvelle à une influence qui a cessé d'exercer ses effets.

En France comme en Allemagne il est un mot dont on caractérise l'apparition du droit romain : c'est une renaissance. Les jurisconsultes tant français qu'allemands devaient donc montrer moins de scrupules à élaguer d'une loi, qui n'avait pas pour la défendre le caractère sacré qu'on lui reconnaissait en Espagne, et laquelle ne s'attachait pas le respect qu'on lui vouait en Italie comme à une institution pour ainsi dire nationale, les jurisconsultes, disions-nous, devaient montrer moins de

scrupules à élaguer d'une telle loi des dispositions qui leur paraissaient d'application nuisible à l'intérêt de tous. Voilà pourquoi l'Allemagne et la France ont connu en matière d'incapacité velléienne des transitions par lesquelles ne sont passées ni l'Espagne, ni l'Italie. Que ces dernières n'émettent pas de regrets d'être restées si longtemps sous l'Empire de la pure loi romaine ; celle-ci maintenue dans son intégrité, puisait dans sa rigueur même une valeur qui devait lui assurer une supériorité incontestable, en égard aux situations équivoques créées en France et en Allemagne.

Les amendements apportés à une disposition mauvaise en soi ne sauraient avoir la prétention de lui procurer une amélioration. Nous avons vu qu'en France et en Allemagne, toutes les modifications qui furent introduites dans le but d'assurer au sénatus-consulte Velléen son existence ne firent que précipiter sa ruine. Si cette institution jouit en Italie et en Espagne d'une vitalité plus longue, elle ne la dut qu'à la façon entière dont elle fut observée.

Néanmoins si les vicissitudes du Velléen variaient selon les pays où il reçut son application, peu de différences devaient naître quant au sort final

qui lui était réservé et quant au temps de son exécution définitive. Une égale ardeur fut apportée dans la lutte par les juristes qui réclamaient sa condamnation ; les dommages causés par l'application du Velléen s'étant partout répétés les mêmes, les arguments présentés en faveur de sa suppression sont empreints d'une unanimité facile à constater dans les critiques qui furent relevées contre lui : diminution du crédit et de la femme et du mari ; situation instable du créancier, à la merci de la bonne foi de la femme et des aléas de la preuve testimoniale ; source de procès innombrables ;

Tels sont les avantages que retire du sénatus-consulte Velléen une législation qui l'adopte !

DE LA POSSIBILITÉ D'APPORTER A L'ARTICLE 1301 DES MODIFICATIONS QUI EN RENDRAIENT L'APPLICATION PRATIQUE

Voyons maintenant s'il existerait des moyens de faire de l'article 1301 du Code civil de la Province de Québec une disposition de loi qui serait exempte des critiques que nous avons été amené à lui adresser au cours de l'étude que nous en avons faite.

Quels amendements pourrions-nous y apporter pour tarir ou du moins amoindrir le nombre de contestations auxquelles il donne naissance ?

Les procès qui naissent de l'incapacité veléienne peuvent être répartis en catégories :

A. — Nous rencontrons une première source de différends dans les mots « avec son mari ». Leur insertion a créé dans l'article 1301 une présomption qui n'admet pas la preuve contraire; en vertu de cette présomption nous avons vu que, chaque fois qu'une femme cautionne un tiers avec son mari, elle est réputée cautionner pour lui; cette présomption est en elle-même très contestable. Reconnaître comme un danger que la femme cautionne son mari, soit; il y a là sûrement l'éventualité d'un dommage pour la femme, danger dont la cause première réside dans l'influence maritale; mais le législateur canadien, par les mots « avec son mari », a créé une présomption inadmissible, en vertu de laquelle la liberté de la femme se trouve singulièrement réduite; présomption contraire à l'esprit de l'article 1301 lui-même, parce que l'extension qu'elle lui donne le dénature.

Mais l'adjonction à l'article susvisé des mots « avec son mari » ne constitue pas que ce seul

inconvenient. Logiquement interprétée, elle doit conduire à cette conséquence que la femme ne peut pas s'obliger avec son mari pour ses propres affaires. Car le seul fait pour une femme, qu'elle s'est obligée « avec son mari » rend nulle son obligation. Nous avons déjà montré plus haut que la jurisprudence avait refusé de sanctionner cette interprétation et qu'elle n'avait pas voulu apporter dans ces décisions une intransigeance qui existe pourtant dans les textes ; au contraire, nous avons vu les Cours et les Tribunaux admettre la preuve que l'engagement, bien que contracté avec le mari, l'a été dans l'intérêt de la femme et pour ses propres affaires. Mais le jour où cette façon de voir a prévalu, la jurisprudence si elle a respecté le sénatus-consulte Velléien tel qu'il existait à Rome, a du moins violé l'article 1301 ; les décisions, qu'elle a rendues et qui lui ont été dictées par une idée d'équité sont autant de causes de conflits et autant d'invitations à éluder la loi.

Supprimer les mots « avec le mari », valider par conséquent tout cautionnement fait par la femme avec lui, présente l'avantage de tarir la source la plus abondante de procès en cette matière, et de donner à l'article 1301 une allure plus conforme à l'esprit du sénatus-consulte.

Un autre avantage résulterait de la faculté pour la femme de s'obliger « avec son mari », sans que soit admise la présomption qu'elle s'est ainsi obligée « pour son mari » : c'est que la bonne foi des tiers serait ainsi sûrement sauvegardée. Nous avons indiqué comment les intérêts des tiers et spécialement ceux des créanciers, pouvaient être mis en jeu : une femme mariée s'engage avec son mari ; avec lui elle contracte un emprunt ; elle attribue la destination des deniers à l'amélioration d'un de ses propres, puis elle s'arrange de telle façon que l'affaire ne lui profite pas personnellement, ou bien encore il arrive que le créancier ne puisse pas établir que l'emprunt a profité à la femme. Dans ces cas nous sommes en présence d'un créancier privé de tout recours contre la femme. Et c'est sous le couvert de la loi, avec sa protection que de telles manœuvres frauduleuses ont pu produire effet.

Accordons, au contraire, la validité aux obligations contractées par la femme « avec son mari », et voilà encore supprimées des contestations en nombre considérable qui portent sur le fait de savoir si la femme a profité ou non d'un emprunt, si le créancier était de bonne ou mauvaise foi : contestations excessivement délicates et si diffi-

les à trancher que bon nombre de solutions interviennent où la sagesse des tribunaux court les plus grands risques d'être surprise et mise en défaut.

B. — Ne pas interdire à la femme l'engagement avec le mari, c'est encore éviter qu'un droit existant soit parfois méconnu. Voici un prêteur qui demande son remboursement à une femme mariée, sa débitrice ; celle-ci se retranche pour refuser le paiement derrière l'article 1301 et invoque que l'argent ne lui a pas profité ; il lui suffira de cette dénégation, puisque le défendeur n'a pas de preuve à établir, pour être protégée par l'article 1301.

La charge de la preuve retombera tout entière sur le créancier, et c'est juste ; en principe il arrivera parfois que cette preuve sera très facile comme au cas de l'amélioration d'une maison ou l'achat d'un terrain, mais, plus souvent, elle sera presque impossible par la difficulté que l'on rencontrera à constater dans le patrimoine de la femme un avantage contre-balançant la valeur du prêt qui lui a été consenti ; en effet, il pourra arriver que l'argent emprunté ait été follement gaspillé sans qu'aucun bénéfice matériel soit l'indemnité de cette dépense. Quant aux intérêts des tiers

ils ne valent plus d'être pris en considération, à ne considérer que le cas qui, conformément à nos vues, resterait prohibé du cautionnement intervenu pour le mari. Evidemment en ce cas les tiers peuvent aussi être victimes d'une erreur, mais seulement d'une erreur de droit ; or la loi ne les protège pas là contre.

Ces modifications nous conduiraient à proposer la substitution à l'article 1301 d'un texte qui pourrait être celui-ci :

« La femme ne peut cautionner son mari ; toute obligation ainsi contractée sera frappée de nullité absolue. »

Par le fait même que nous avons supprimé les mots « avec son mari » nous ne sommes pas dans la nécessité d'adjoindre à notre texte une disposition concernant spécialement les tiers de bonne foi, disposition que quelques auteurs se contenteraient de voir adjoindre à l'article 1301 pour protéger cette bonne foi. Ce texte nouveau édictant une nullité absolue, il serait désormais sans inconvénient que l'acte passé par la femme, en violation de l'article 1301, fût, dès sa naissance, immédiatement frappé d'inefficacité, car personne ne peut ici invoquer de lésion.

DE LA DESTINÉE DE L'ARTICLE 1301 DU
CODE CIVIL DE LA PROVINCE DE
QUÉBEC

Mais l'article 1301 ainsi retouché n'échapperait pas encore à la critique la plus grave que l'on puisse lui adresser. Certes, la bonne foi des tiers ne courrait plus le risque d'être surprise et la femme ne pourrait plus chercher dans cette disposition un abri sous le couvert duquel elle se livrerait impunément à des manœuvres frauduleuses.

Cependant nous n'aurions pas encore dans l'article 1301 une disposition qui réponde aux conceptions modernes sur l'activité juridique de la femme mariée. L'incapacité velléienne, même modifiée comme nous venons de nous y essayer, n'est plus acceptable ; nous avons précédemment montré l'évolution des idées en ce qui concerne la femme et indiqué les étapes successives que cette dernière a franchies pour atteindre à la pleine possession des moyens juridiques. Originellement basée sur la faiblesse, l'incapacité édictée par le sénatus-consulte ne correspond plus à une nécessité et nous pensons même que cette néces-

sité n'était pas existante en 1841 au moment où le Velléien faisait son apparition dans la législation canadienne.

Beaucoup d'auteurs canadiens lui adressent eux-mêmes le reproche d'être une institution surannée et qu'il faudrait abroger : « Cette loi cache souvent les plus grandes injustices et elle fournit à la femme l'occasion de commettre la fraude au bénéfice de son mari. Elle est dangereuse et préjudiciable à la femme même qu'elle a pour objet de protéger, car elle rend suspects tous les contrats où elle assure une obligation et elle crée un malaise et un danger réel dans toutes ces sortes de transactions avec la femme mariée. Est-il juste que la femme, qui a reçu des deniers d'un créancier de bonne foi sur son affirmation que c'était pour elle-même soit relevée par la loi de payer sa dette, parce que l'argent a été employé aux affaires du mari, qui est peut-être depuis insolvable s'il ne l'était pas déjà ? C'est, dit-on, parce que la femme a pu avoir été trompée (1). » — « Système fort logique, dit un auteur (2), et fort moral à la vérité, qui, de crainte que le créancier ait

1. Beauchamp, *op. cit.*¹

2. Gide, *op. cit.*, p. 519.

pu parfois tromper sa débitrice, autorise sa débitrice à toujours tromper son créancier. »

Ces mêmes auteurs reprochent, en outre, à l'article 1301 d'être impraticable pour la femme séparée de biens qui s'oblige pour son mari (1). M. Beauchamp termine ainsi ses observations sur ce point : « C'est une loi mal rédigée. Les codificateurs ont ressuscité une vieille loi romaine sans l'adapter à notre système de conventions matrimoniales qui est bien différente de celui des Romains. Cette loi il faudrait l'abroger. »

Critiqué par toute la doctrine, conduisant la jurisprudence à des conclusions excessives, l'article 1301, dont on est unanime à réclamer l'abrogation, disparaîtra du Code civil canadien. Cette réforme, déjà inscrite au programme de plusieurs législatures, sera bientôt une chose accomplie.

Ainsi le pouvoir législatif du Canada aura tenu à honneur de ne pas rester plus longtemps en dehors du progrès juridique.

1. Voir *supra*, p. 32 et suivantes.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	9
Le Velléen. Aperçu historique sur sa physionomie à Rome et dans l'ancien droit français...	15
Le Velléen au Bas-Canada.....	20
De l'interprétation qu'il convient de donner au mot s'obliger de l'article 1301 du Code civil canadien.....	24
Des raisons pour lesquelles il est interdit à la femme de cautionner son mari, et des contrats qu'elle peut valablement passer en faveur de son mari.....	29
Extension de la prohibition de l'obligation contractée pour le mari à l'obligation contractée avec le mari.....	47
Est-il possible d'admettre la validité de l'engagement de la femme avec son mari, quand cet engagement est contracté pour les propres affaires de la femme ?.....	53
Du caractère de la nullité de l'article 1301. Est-elle d'ordre public ? Considérations sur l'ordre public.....	65
La nullité de l'article 1301 est-elle absolue ?.....	83
Inconvénients qui résultent du caractère absolu de la nullité de l'article 1301 et critiques qui peu-	

vent lui être adressées.....	88
Quelles sont les nécessités auxquelles a obéi le législateur canadien en édictant l'incapacité velléienne ? Quelles sont les sources du droit en cette matière ?.....	102
La législation canadienne a-t-elle tiré un profit de l'article 1301 ? Cette disposition lui est-elle au contraire préjudiciable ? De l'activité juridique de la femme : 1 ^o en tant que femme, 2 ^o en tant que femme mariée.....	112
Y a-t-il pour la femme mariée un danger réel à cautionner son mari.....	124
Des obstacles qui se sont toujours dressés devant le sénatus-consulte Velléen, dans les législations où il fut en vigueur : France, Allemagne, Italie, Espagne.....	130
De la possibilité d'apporter à l'article 1301 des modifications qui en rendraient l'application pratique.....	147
De la destinée de l'article 1301.....	153

Vu par le Président de la thèse :

AMBROISE COLIN

Vu, le Doyen,
LYON-CAEN

Vu et permis d'imprimer:
le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

LIARD

